BEYTRAG ZUR REVISION DER BISHERIGEN THEORIE VON DER EHELICHEN GÜTERGEMEINSCHAFT NACH DEUTSCHEM PRIVATRECHT

Johann Christian Hasse







[illegible] [illegible] Mittelalters. München 1834. ([illegible])

Beytrag

zur

Revision der bisherigen Theorie

von der

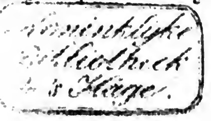
ehelichen Gütergemeinschaft

nach

deutschem Privatrecht

von

Johann Christian Hasse.



Kiel,
in der academischen Buchhandlung.
1808.

Vorrede.

Gewiß kein Kundiger wird mir den Vorwurf machen, daß es jetzt nicht an der Zeit sey, mit Bearbeitungen des deutschen Privatrechts aufzutreten, jetzt, da alles das Bedürfniß fühle, alles bemüht sey, durch neue umfassende Gesetze die so drückende Ungewißheit des Rechts glücklich zu beendigen. Ich bin vielmehr überzeugt, daß grade jetzt der rechte Moment ist, diesen in der neueren Zeit, in Verhältniß zu andern juristischen Disciplinen, vernachlässigten Theil der Rechtswissenschaft überhaupt, wieder hervorzuziehen und gleichsam zu verjüngen. In

jedem der neuen Gesetzbücher finden sich und werden sich sowohl ursprünglich germanische als römische Rechtsbegriffe finden, und es wird nur darauf ankommen, ob sie klüglich darin zu einem treflichen Ganzen verbunden, oder als unverträgliche Elemente durch einander gemengt werden. Die bisherige Praxis hat freylich in allen guten Köpfen ein zu abschreckendes Bild einer solchen geistlosen Vermischung, bey der ein das Gesetz beherrschender, wenn nur durchgängig gleichförmiger Gerichtsgebrauch noch fast das einzige Heil war, erweckt, die bisher erschienenen neuesten Gesetzbücher tragen zu deutlich den Stempel des Fleißes oder des Genies, als daß eine Uebertragung der alten Barbarey in die neuere Gesetzgebung irgendwo zu befürchten seyn sollte. Allein es gehört eine wahrhaft kindische Zuversicht dazu, sich jetzt schon von menschlichen Kräften einen, wenn auch nicht im strengsten Sinn des Worts, vollkommenen Gesetzcodex zu versprechen. Wahrlich der alte Zustand

war zu betrübt, als daß es billig seyn würde, es zu verlangen, und ohne Zauberey möglich, es zu erreichen. Ich spreche hier vornämlich von dem Privatrecht. Eine kräftigere Philosophie, ein gründlicheres und genialischeres Studium der römischen Rechtsgeschichte haben im römischen Recht noch vor wenigen Jahren, wenn ich so sagen darf, revolutionirt. Es ist dadurch nicht bloß für das römische Recht als geltende Norm, sondern auch ungemein viel für die Gesetzgebungswissenschaft gewonnen worden — sollten z. B. wohl Savigny's neue Entdeckungen über das Wesen des Besitzes ohne Einfluß auf neuere Gesetzgebung bleiben dürfen? — aber es ist noch bey weitem nicht alles geschehen. Und wenn es jemals möglich wäre, was es nicht ist, das classische römische Recht in seiner Reinheit wieder herzustellen, so darf man doch auch dabey nimmer stehen bleiben. Wer kennt und schätzt nicht die herrliche Consequenz dieses Rechts, allein wer fühlt

auch nicht, daß es grade in seiner Consequenz bey uns nicht mehr anwendbar ist? Das ursprünglich germanische Recht, welches, obgleich von oft mißverstandenen fremden Rechten unterdrückt, doch fast in ganz Europa verbreitet ist, hat in der Materie anerkannte Vorzüge vor dem römischen Recht. Da es in einer so mangelhaften Form auf uns gebracht ist, kann man von Vorzügen des letzteren vor demselben eigentlich gar nicht reden. Beide zu vergleichen, ist hier nicht der Ort, und es kann die Bemerkung genügen, daß das germanische ein einheimisches Recht ist, und schon deswegen dem Volkscharakter mehr zusagt; ein gewiß nicht gleichgültiger Gesichtspunkt. Was die Doctrin bisher geleistet hat, um dem deutschen Privatrecht — so nenne ich es mit Bedacht, theils weil die andern Nationen fast sämtlich ihr einheimisches Recht von Deutschen empfiengen, theils weil nur in Deutschland in dem Umfange statutarisches Recht gelehrt worden ist —

aufzuhelfen, davon wird diese Schrift ein Beyspiel geben, und zwar ein nicht unbedeutendes, da es einen der wichtigsten Theile dieses Rechts gilt. Von dem so genannten Naturrecht sage ich mit Fleiß nichts. Alles Philosophiren über Recht kann nur Frucht bringen, wenn es mit der genauesten Erforschung des schon vorhandenen positiven Rechts verbunden ist, das denk' ich hat unsere Zeit bewiesen. Die Praxis aber bietet noch weniger Hülfe, denn nie ist wohl diese, ohne daß man eben den Praktikern im weitesten Sinne des Worts daraus einen großen Vorwurf machen könnte, mehr hinter der Theorie zurückgeblieben, als in den letzten Decennien. Nur für den Augenblick zu helfen ist also schon eine so schwere Aufgabe, daß nur großes Genie und der besonnenste Eifer sie lösen konnte, aber nur wenn Gesetzgebung und Wissenschaft aller Zweige des Rechts Hand in Hand gehen, — mögten doch beide nie wieder ruhen! — kann man dem Ziele al-

ler Gesetzgebung: Gerechtigkeit immer näher kommen.

Meine Schrift, wünsche ich, soll Auffoderung seyn, das deutsche Privatrecht wieder in die Werkstatt zu bringen. Nur Vorarbeit sollte sie seyn, mehr Kritik als nach allen Seiten erschöpfende Untersuchung; ich wollte es anschaulich machen, wie weit man von der Wahrheit abgewichen sey, daher die häufige Polemik. Hätte ich der Methode meiner Vorgänger folgen wollen, so wär' es mir ein leichtes gewesen, mit einer Menge von Stellen aus Statuten unter beliebigen Rubriken, besonders wenn ich sie, wie manche, in den Text hätte rücken lassen, mein kleines Werk zu mehreren Bänden anzuschwellen. Soll aber einmal etwas rechtes werden, so muß dieß Unwesen aufhören, und man muß alle bedeutenden Statuten, die man habhaft werden kann, ganz, im Zusammenhang, jedes in seinem Geist und in seinem

Verhältniß nach Zeit und Ort studiren (wer hat z. B. wohl bisher das Jütische Low so studirt?); dann werden sich schon unter der Spreu die Goldkörner finden lassen, und die alten Geister werden auferstehen, daß sie wieder ins Leben eingeführt werden können. Sollten alle Provinzial- und Stadtrechte von allgemeinen Gesetzbüchern verdrängt werden (möchte in meinem Vaterlande durch neuere politische Ereignisse dieser Zeitpunkt, den die Hofnung schon so nahe sah, nicht zu sehr entfernt werden!), so würde dann doch noch ein solches Studium der zu Antiquitäten gewordenen Statuten nie zu lange fortgesetzt werden können. Was ich direct zu diesem Zweck gearbeitet habe, ist noch nicht reif genug, ob es das werden wird, hängt zum Theil von Zufälligkeiten ab.

Noch habe ich eine Berichtigung anzuführen. Im §. 32. habe ich die Hemmung der dem Manne nach Gesetz oder Vertrag zuständigen Administra-

tion durch eine obrigkeitliche Aufsicht zu erklären gesucht. Ich glaube jezt, daß es dessen nicht bedarf. Jeder Ehegatte hat so gut wie jedes Mitglied einer Gemeinde das Recht zu verlangen, daß in Angelegenheiten der mystischen Person nichts ohne daß er zugezogen werde geschehe, und zwar ist dieß ein besonderes dem Einzelnen zustehendes Recht; ist nun einem die Administration gegeben, so muß dieses Recht auch in den dieser Administration anvertrauten Angelegenheiten wieder aufleben, sobald dieselbe schlecht und zum gemeinen Schaden geführt wird, und der bis dahin ausgeschlossene Ehegatte kann nun den competenten Richter angehen, daß dieser ihm zu seinem Recht verhelfe.

Inhalt.

§. 1.

Die bisherigen Schriftsteller über eheliche Gütergemeinschaft machen überhaupt zwey Partheyen aus, von denen die eine vom römischen Recht als Regel, die andere von einem rein germanischen Princip ausgeht. Die, welche zur ersteren gehören, stellen es als Maxime fest: ubi a iure communi statutum *expresse* non recessit, isti inhaerendum est, oder mit andern Worten: cum quid statuti expressa correctione mutatum non reperitur, ex iuris communis dispositione metiamur, atque in isto dubia, ex hoc explicemus. An ihrer Spitze stehen Mevius [1]) und Lauterbach [2]), welche sich jedoch darin wieder sehr unterscheiden, daß dieser fast alles aus den Principien der römischen Societät herleiten zu können glaubt, dieser aber, wenigstens im Lübschen Recht, so viele Abweichungen sieht, daß er die Anwendung jener Principien für sehr mißlich erkennt, und hier gern von

1) Commentar. ad Ius Lubecense.

2) Disp. de societ. bonor. conjug. Tubing. 1561.

einer societas anomala spricht. Diese Theorie hat nie vielen Beyfall gefunden, jedoch schwankten die älteren meistens zwischen den römischen Principien, und den altdeutschen von ihnen für ächt gehaltenen Grundbegriffen. In der neueren Zeit hat man sich hier vom römischen Recht im Ganzen durchaus losgesagt, und nur noch in einzelnen Theilen dieser Lehre, inconsequent genug, demselben gehuldigt.

§. 2.

Daß diese Neueren den richtigen Weg zum Ziele eingeschlagen haben, kann so wenig bezweifelt werden, als daß er die meisten Schwierigkeiten darbot. Die Sammler der alten Statute, worin altdeutsches Recht am reinsten zu finden ist, haben nie die Grundbegriffe ausgesprochen, von denen sie ausgingen. Sie haben sie vielleicht nie deutlich gedacht, nur ihrem Gefühle versagten sie sich nicht, wenn es darauf ankam, zu bestimmen, was unter den und den Umständen Recht sey. Dieß Gefühl aber ist uns auch durch römische Bildung längst verloren gegangen. Es blieb also nichts übrig, als durch Zurückschließen von Folgerungen und durch Combination dem verloren gegangenen Schatze nachzugraben. Was den Pfad noch dornigter machte, war die höchst fragmentarische Abfassung der Statute. Dieß gilt überhaupt von den Gegenstän-

den des deutschen Privatrechts, insbesondere aber auch von der gegenwärtigen Lehre. Wenn man hier also strauchelte, so war das nicht zu bewundern. Man half sich oft mit Philosophemen, (man erinnere sich hier nur an Fischer), postulirte diese im Namen der Gerechtigkeit, und so mußten sie, und was daraus folgte, sich in den Gewohnheiten und Statuten der alten biedern Deutschen, die der natürlichen Gerechtigkeit ja so treu geblieben waren, nothwendig finden lassen. Der Glaubenssatz, daß römische Rechtsregeln hier keine Anwendung fänden, gab eine herrliche Freyheit und Ungebundenheit, deren man sich denn in vollem Maaße und Unmaaße bediente. Daß man da, wo jene Regeln mit den ewigen und unveränderlichen Regeln des Verstandes übereinstimmten, auch nicht von ihnen losgesprochen werden konnte, wurde nicht beachtet; man machte sich zu sehr ein Verdienst daraus, etwas Eigenthümliches aufgefunden zu haben, und war zufrieden, wenn man aus seinem erträumten ächt germanischen Grundbegrif alles recht vollständig herleiten, und hie und da zu den Resultaten die Belege in den Statuten finden konnte: wollten sich diese nicht conformiren, so hatten die fremden Rechte oder doch neuere Inconsequenzen Schuld. Schade nur, daß diese, Anomalien möchte man es in ihrem Geiste nennen, so häufig waren, und sich selbst in den ältesten, von dem Einfluß der italischen

Rechte am meisten frey erhaltenen Statuten, und da selbst am crassesten fanden. So bildete sich eine herrschende Theorie, welche Sherer [1]) und nach ihm Danz [2]) am vollständigsten vorgetragen haben, der erstere aber, wenn man will, am consequentesten, wenigstens am weitläuftigsten durchgeführt hat, weswegen denn auch wohl sein Buch als classisch verschrien worden ist. So wie sich bey ihm also das jetzt herrschende System, freilich ohne klare Ordnung und sehr zerstreut, findet, werde ich es den Grundzügen nach im Zusammenhange wiedergeben, und auf diese Darstellung eine Kritik desselben folgen lassen. Da Sherer und Danz die letzte und lauteste Stimme gehabt haben, so wird es erlaubt seyn, auch in der Folge mehrmals an ihre Aussprüche den Faden der Untersuchung zu knüpfen. Als schlimme Vorbedeutung für jene Theorie mag es hier noch bemerkt werden, daß Sherer die, gewiß nicht beabsichtigte, Naivetät begangen hat, in dem Titel seiner Schrift die Systematisirung einer verworrenen Lehre zu versprechen.

---

1) Die verworrene Lehre der ehelichen Güter-Gemeinschaft, systemat. bearbeitet von Ph. Karl Sherer, 2 Theile. Mannheim 1799 u. 1800.

2) Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts, 2te verbess. Ausg. 6ter Band, S. 370 ff.

§. 3.

So nun lautet die Shererſche Lehre. Eheliche Gütergemeinſchaft iſt dasjenige Rechtsverhältniß zwiſchen Mann und Frau, wornach beyde irgend ein Vermögen dergeſtalt gemeinſchaftlich haben, daß jedem von ihnen die darin enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten für ſich allein ganz eigen ſind. [1]) Hieraus folgt, daß keine Theile bey der ehelichen Gütergemeinſchaft intelligirt werden können, und daß ein und daſſelbe unter dem gemeinſchaftlichen Vermögen begriffene ſowohl dingliche als perſönliche Recht, auch das Eigenthum gegen die Regel des römiſchen Rechts duorum in ſolidum dominium eſſe non poteſt, den beyden Ehegatten ungetheilt zuſtehe. Es folgt ferner, daß von einem ſolchen Recht jeder Ehegatte nicht den andern, wohl aber alle übrigen ausſchließt. Gegenſeitig aber ſind ſie in ſofern durch einander beſchränkt, als keiner allein, obgleich für ſich allein, Herr des ganzen Rechts iſt, und zwar nur darum nicht, weil das ganze Recht auch dem andern für ihn allein zuſteht. Vor=

---

1) Ungemein fein drückt dieß Lange, Rechtslehre von der Gemeinſchaft der Güter unter denen deutſchen Eheleuten, Hauptſt. 7. §. 2. ſo aus: „Eines jeden ſein Recht ſpreitzet ſich durch die gemeinſchaftliche Sache, wie die Seele durch den Körper aus. Sie iſt in allen Gliedern, ſie iſt ganz im ganzen Leibe und ganz in jedem Theile des Körpers."

züge, die der eine vor dem andern hat, betreffen nur die Disposition, in Hinsicht des Rechts selbst sind sie einander gleich. Nicht beyde zusammen sind, sondern jeder ist für sich Subject des ganzen Rechts.[2]) Die eben erwähnte Beschränkung kann nur so lange fortdauern, als beyde Rechtssubjecte vorhanden sind, fällt eins weg, so wird eo ipso das übrig bleibende nun alleiniges Subject der Befugniß, die vorher einem jeden zustand. Der überlebende Ehegatte bleibt, was er war, Herr des ganzen Vermögens, nur die Concurrenz hört auf. Es versteht sich also von selbst, daß bey dem Tode des einen an keine Beerbung desselben in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens zu denken ist. Was ich schon habe, brauche ich nicht zu erben, und keiner kann als Erbe an etwas Anspruch machen, was mir schon vor dem Tode des Erblassers zugehört hat.[3]) Bey allgemeiner G. G. kann mit-

2) Vergl. Sherer's Definition in Th. I. §. 1. mit §. 46. 71. S. 175 und 178. §. 75. 111. Diesem widersprechen freylich die Ausdrücke: „seines Antheils" in §. 78. und die mehrmals vorkommenden: „der Verst. hat nichts hinterlassen, das sein eigen wäre," „keiner von ihnen (den Ehegatten) aber etwas Eigenes während der Ehe davon hatte..." Allein es ist auch nicht leicht, einen an sich widersprechenden Begrif immer fest zu halten, auch nimmt Sherer es, so wie mit Begriffen, so mit Worten nicht gar zu genau.

3) Sherer Th. I. §. 50. S. 112. §. 71. S. 175, 176 u. 178. §. 75. 85. 91. 106. S. 261. §. 111.

hin, die Einhandsgüter ausgenommen, gar nichts, bey particulärer G. G. nur dasjenige als Nachlaß des Verstorbenen angesehen werden, was nicht zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörte. [4])

§. 4.

Da alle in dem angegebenen Begrif von ehelicher G. G. enthaltenen Merkmale wesentlich sind, so ergiebt sich folgendes allgemeine Resultat:

alle positiven Bestimmungen in Statuten, denen eheliche G. G. nicht fremd ist, welche nothwendigen Folgerungen aus dem eben angeführten Grundbegrif ehelicher G. G. widerstreiten, sind tadelnswürdige Inconsequenzen, und müssen, da sie doch einmal Gesetz sind, als singulaires Recht so strict als möglich interpretirt werden. [1])

§. 5.

Solche singulaire Ausnahmen sind:

1) die Continuation der ehelichen G. G. nach dem Tode des einen Ehegatten durch den überlebenden mit den Kindern. Diese ist nur durch das dem römischen Recht entlehnte Repräsentationsrecht zu erklären, und widerstreitet dem Grundbegrif,

---

4) Sherer Th. I. §. 180. 1) Sherer Th. II. S. 163.

a) weil diesem zufolge dem Ueberlebenden alles gehört,

b) weil außer der Ehe sich keine eheliche G. G. denken läßt,

c) weil das römische Repräsentationsrecht eine Succession voraussetzt, die hier nicht gedacht werden kann. [2])

Je weniger Rechte daher in einem Gesetz durch die continuatio communionis bonorum den Kindern zugestanden werden, desto weniger weicht sie von dem Grundbegrif ab, desto regulairer ist sie, je mehr dem Ueberlebenden genommen und den Kindern zugewandt ist, desto irregulairer ist sie. Am regelrechtesten ist also die, welche den Kindern nur eine Hoffnung der Erbfolge (nach Sherer Besitz und Hoffnung der Erbschaft) ertheilt, dem nachlebenden Ehegatten aber das auch in Hinsicht jener ausschließende, oder, wie Sherer es nennt, nunmehr solitarische [3]) Eigenthum läßt, nur mit der Einschränkung,

---

2) Sherer Th. I. §. 131.

3) Solidarische, wie im ersten Theil öfters vorkommt, ist wohl nur ein Druckfehler. Einmal, §. 55., steht statt solitarisches Eigenthum sogar Privateigenthum. Jeder Eigenthümer soll kein privatives Eigenthum und doch dasselbe ganz haben? Wie sehr widerstreitet das schon dem natürlichen Verstande! Wie wenig hier Sherer aber mit dem Sprachgebrauch auf dem Reinen war, sieht man besonders daraus, daß er, wie schon bemerkt worden, §. 85. S. 216 sogar behauptet, der Verstorbene habe nichts hinterlassen, was sein eigen gewesen wäre.

daß er den Kindern jene Hofnung nicht entziehen darf. [4]) Schon singulairer ist es, wenn dieses dominium solitarium ihm nur bis zur Verrückung des Wittwenstuhles bleibt, und am abweichendsten, wenn den Kindern Miteigenthumsrechte von dem Tode des verstorbenen Ehegatten an zugestanden werden. Die Präsumtion streitet also für die erste Art, und so weiter fort immer für die weniger unregelmäßige.

§. 6.

2) Alles Theilrecht. Je weniger hier den Kindern gegeben werden muß, wenn sie z. B. nur einen Pflichttheil von der Hälfte des Verstorbenen nach römischer Berechnung erhalten; je mehr es dem Gutachten des Ueberlebenden überlassen bleibt, wie viel er ihnen herausgeben will, z. B. wenn gewissenhafter Ausspruch gilt, desto mehr Consequenz. Consequenz ist aber zu präsumiren.

Sherer's Eifer für seinen sogenannten Urbegrif, und sein individuelles Billigkeitsgefühl führen ihn hier so weit, daß er dem klaren Buchstaben mehrerer Statute, z. B. des alten Lübschen Rechts, trotzend, behauptet, wo Theilrecht nach Köpfen verfügt sey, könne dieß nicht von der ganzen gemeinschaftlichen Masse, sondern nur von

---

4) Sherer §. 133.

dem Antheil des Verstorbenen (aber stellt es nicht schon den Urbegrif auf den Kopf, einen solchen Antheil anzunehmen?) verstanden werden. [1])

§. 7.

3) Fallrecht. Dieses wirkt, so wie

4) das Verfangenschaftsrecht in der Regel nichts weiter, als Einschränkung des Veräußerungsrechts zum Vortheile der Kinder oder der Familie. [1]) Uebrigens sind beyde Ehegatten während der Ehe domini in solidum, und der Nachlebende bleibt solitarischer Eigenthümer bis an seinen Tod. [2]) Auch ist es schon consequenter, und daher in dubio anzunehmen, wenn nur die eingebrachten und ererbten unbeweglichen Güter, nicht aber die beweglichen oder während der Ehe titulo singulari, wenigstens oneroso, erworbenen Güter diesen singulairen Rechten unterworfen sind. [3])

---

1) Sherer Th. I. §. 164. S. 423.

1) Sherer nennt daher Th. I. S. 275 den Beysitz, eingeschränktes Eigenthum. Mitunter, z. B. S. 278, spricht er denn aber wieder von einigem Eigenthum, was den Kindern zustehe. Solche vage Bestimmungen sind denn aber schlimmer wie gar keine, weil der Anfänger verführt wird, zu glauben, er denke sich etwas dabey.

2) Nach Sherer §. 129. (S. 328) ist das verfangenschaftliche Recht ein bedingtes Recht auf den Fall, wenn der Letztlebende vor den Kindern stirbt.

3) Sherer Th. I. S. 293. 296.

§. 8.

5) Ist es besondre Ausnahme, wenn ein Ehegatte während der Ehe über Sachen, die zum gemeinschaftlichen Vermögen gehören, testiren darf, weil durch diese einseitige Befugniß das Recht des andern, sich jenes Vermögen ganz und ungetheilt zuzueignen, offenbar verletzt wird. Immer liegt hier also üble Anwendung des römischen Rechts zum Grunde. Nur durch Einwilligung des andern kann consequenter Weise der testirende Ehegatte diese Befugniß erhalten. Ein solcher Vertrag macht aber doch auch, da er dem Wesen der allgemeinen G. G. widerstreitet, dieselbe irregulär oder gar particulär.

6) Eben so widerstreiten auch Schenkungen unter Ehegatten dem Begrif der ehelichen G. G., jedoch muß in einem solchen Fall angenommen werden, daß der eine Ehegatte erkläre, das geschenkte Stück solle ein Einhandsgut des andern seyn. [1])

§. 9.

Eheliche G. G. mit ihren Folgen war das natürliche, dem Zweck der Ehe und dem Sinn des Ehevertrages gemäße Rechtsverhältniß zwischen Ehegatten. [1]) Ein-

---

1) Sherer Th. I. §. 59. S. 138.

1) Sherer Th. I. S. 4. 29. 183. 185.

schränkung ihrer Folgen entstand meistens erst durch Accomodation an das römische Recht. Nach diesem Recht hatten beyde, Mann und Frau, nur abgesondertes Vermögen, aller Erwerb und der Genuß der dos gehörte dem Manne, es war gar keine Ehe, kein Ehevertrag im germanischen Sinne vorhanden; daher denn auch ihr gegenseitiges Erbrecht unbedeutend war. Um den Charakter der deutschen Ehe nun nicht ganz aufzugeben, führte man selbst da, wo man sonst alle G. G. verkannte, statt jener aus dem Urbegrif hervorgehenden Gerechtsame, wornach der Ueberlebende die ganze Vermögensmasse erhielt, für denselben gewisse Vortheile (portio statutaria) ein, die ihm nach dem römischen Successionsrechte nicht zustehen konnten. Diese Vortheile sind daher Surrogate und zugleich Ueberbleibsel der eben genannten ursprünglichen Gerechtsame. Hieraus folgt nun:

a) Alle Vortheile, die dem nachlebenden Ehegatten durch deutsche Rechte über das römische Successionsrecht hinaus, beygelegt werden, müssen weit erklärt werden, da sie im Zweifel aus ehelicher G. G., welche ihrem ursprünglichen Charakter nach dem Ueberlebenden alles zusichert, herrühren. [2]

---

2) Sherer Th. II. §. 179.

b) Diese Vortheile sind nicht etwa als Successionsrechte ab intestato anzusehen, vielmehr entstehen sie noch immer ex causa singulari, nämlich aus dem Ehevertrag durch Vermittlung ehelicher G. G., selbst da, wo diese ganz abgeschaft ist. Lassen sie sich aus particulärer G. G. nicht erklären, so muß allgemeine G. G. als ihre Quelle angesehen werden. [3]) Kein Ehegatte darf daher dem andern durch letzte Willensverfügung die partio statutaria entziehen, [4]) und bedarf es keiner Erbschaftsantretung, um diese zu gewinnen.

c) In Hinsicht der Schuldenzahlung folgt daraus der wichtige Satz, daß die Erben des Verstorbenen zunächst für die Schulden desselben haften, nicht der nachlebende Ehegatte, wegen seiner statutarischen Ansprüche, da diese nur zu seinem Schaden, weil er sonst alles erhielt, und allein zum Gewinn des Erben eingeführt sind u. s. w. [5])

---

3) Sherer c. l. und Th. II. §. 179. 232. 233. 236. 264.

4) Sherer Th. II. §. 234. (S. 171.)

5) Einen Regreß der Erben gegen den Ehegatten, der die partio statutaria zog, läßt jedoch Sherer Th. II. S. 154 zu. Derselbe meint sogar §. 233., daß man sich der p. st. in der Regel nicht einmal entschlagen könne. Eine andre wichtige Folgerung s. Th. II. S. 363.

§. 10.

Gegen die innere Consequenz dieses Systems lassen sich beträchtliche Einwendungen machen, wovon die wichtigsten weiter unten vorkommen werden. Vorerst haben wir es mit dem Grundbegrif zu thun. Daß dieser dem römischen Satze: duorum in solidum dominium esse non potest, widerstreite, ist schon oben bemerkt worden, und fällt auch von selbst in die Augen. [1]) Man glaubte sich an diese aber hier nicht

---

1) Schon *Justus Veracius* in consuet. Bamberg. P. 2. qu. 1. 2 etc. ließ sich hierüber folgender Gestalt vernehmen: communio bonorum longe aliter hic accipitur, quam apud Romanos eorumque in societate et de communi dividundo et herciscundae familiae iudiciis. Hic *enim re vera divisa est res*, et nemo possidet eam in solidum, sed coniux Germanus quivis totius patrimonii utrobique confusi est dominus et quae uxoris fuerunt iam et mariti sunt atque contra. Inconcinnum forte illud auribus latinis, unius rei plures esse dominos in solidum. Viele haben diese Stelle abgeschrieben (präciser und körnigter könnte sich auch wohl nicht leicht einer im Ganzen darüber ausdrücken), aber keiner hat es bemerkt, daß die ideale Theilung im Sinne der Römer von Veracius ganz ist verkannt worden. Nicht die Sache war im eigentlichen Sinne (re vera) getheilt, sondern das Recht an derselben (nec quisquam partis corporis dominus est, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habet). S. die unten im Text folgende Erklärung der L. 5. §. 15. commodati. Nahm man das Gegentheil an, und setzte es mit dem dominium in solidum in eine nothwendige Alternative, so war der Beweis freylich leicht zu führen, daß die deutsche G. G. ein dominium plurium in solidum mit sich bringe.

gebunden, da man auf deutschem Grund und Boden war. War derselbe eine dem römischen Recht besonders eigenthümliche Bestimmung, so hatte man Recht, lag er in der Natur der Sache, so hatte man Unrecht. Ich will den Versuch machen, zu zeigen, daß das Letztere der Fall sey. Die Regel selbst ist bekanntlich in L. 5. §. 15. commodati (13. 6.) enthalten. Die ganze Stelle lautet so:

Wird zween zugleich ein Wagen geliehen oder verpachtet, so kann, schreibt der jüngere Celsus, die Frage entstehen, ob jeder von ihnen auf das Ganze oder nur theilweise verpflichtet werde. Es ist richtig, fährt er fort, daß zwey Personen nicht zugleich das volle Eigenthumsrecht oder den vollen Besitz einer ganzen Sache haben können; auch ist es wahr, daß niemand Eigenthümer eines reellen Theils eines Körpers sey, sondern vielmehr sein Theil am Ei-

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit lib. 6. Digestorum, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur. Et ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro

genthumsrecht sich über alle Theile des Körpers erstrecke (nicht der Körper, das Recht auf den ganzen Körper ist getheilt). Wenn aber auch der Gebrauch eines öffentlichen Platzes, z. B. des Marsfeldes u. s. w., einem jeden in solidum zusteht, weil mein Gebrauch durch den Gebrauch eines andern hier gar nicht geschmälert wird; so habe ich doch den Gebrauch des angeliehenen oder gepachteten Wagens in der That (effectu) nur theilweise, da ich nicht alle Plätze des Wagens inne haben kann. Dennoch, sagt er, ist die Meinung die richtigste, daß ich ganz für jedes Verschuldung hafte, daher denn hier gewissermaßen correi debendi sind, wovon der

parte dominium habere. Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscuiusque in solidum esse, neque enim minus me uti, quod et alius uteretur; verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius, ait, et dolum, et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere, quare duo quodammodo rei habebuntur, et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et

eine, wenn er verklagt wird und leistet, den andern befreyt. Beiden steht auch die actio furti zu.	ambobus competit furti actio.

Der Ideengang hier ist folgender: So wie niemand von einer Sache Eigenthümer in solidum mit einem andern zugleich seyn kann, auch nicht der eine Theil eines im Begrif unzertrennten Ganzen dem einen, der andre dem andern eigenthümlich gehören kann, sondern, wenn Gemeinschaft Statt finden soll, das Eigenthumsrecht an der Sache getheilt gedacht werden muß; so ist auch das Gebrauchsrecht selbst an einer gemeinschaftlich geliehenen oder gepachteten Sache als getheilt zu denken, und es widerstreitet dem nicht, daß das Recht einen weitläuftigen zu öffentlichem Gebrauch bestimmten Ort, z. B. eine Landstraße zu benutzen, vielen in solidum zusteht, denn in diesem, nicht aber in jenem Fall, wird mein Gebrauch durch die Mitgebrauchenden nicht beschränkt, (neque enim minus me uti, quam alius uteretur — wenigstens verschwindet hier diese Beschränkung dem Auge). Hieraus scheint denn zu folgen, daß, da das Recht, welches der Contract auf Seiten der Pächter oder Leiher erzeugt, getheilt ist, auch die Verbindlichkeit derselben, welche er hervorbringt, eben so getheilt seyn müsse. Aber dieß ist falsch, vielmehr ist jeder in totum verpflichtet

und verbunden, allen durch dolus oder culpa verursachten Schaden zu erstatten. Warum Celsus den Schluß von dem Recht auf die Verbindlichkeit nicht gelten lassen will, darüber erklärt er sich nicht, unstreitig war sein Grund aber der, daß die Theilung des Gebrauchsrechts mit dem Rechtsverhältniß zwischen dem Vermiether und dem Miether gar nichts zu thun hat, sondern lediglich in einem Rechtsverhältniß zwischen den Miethern unter sich gegründet ist. Der Verpachter muß es geschehen lassen, daß die Sache von jedem der Pachter ganz und uneingeschränkt gebraucht wird, ihn geht es nichts an, daß sein Recht durch das Recht der andern begränzt ist; fallen die übrigen weg, so steht dem einen noch immer die ganze Pacht zu. Dagegen beruht die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auf der obligatio zwischen Vermiether und Miethern; sowohl Recht als Verpflichtung der Miether geht also im Verhältniß zu dem Vermiether auf das Ganze. Offenbar wird in dieser Stelle alles aus der Natur der Sache deducirt, und zwar nicht direct, aber doch indirect deutlich genug zu erkennen gegeben, daß es sich gar nicht denken lasse, daß mehreren das Eigenthumsrecht an einer Sache in solidum zustehen könne. Nämlich

1) wird dominium hier mit possessio zusammengestellt, von welcher letztern bekanntlich der Satz

deswegen gilt, weil das Gegentheil contra naturam wäre; [1]) und, was ja nicht zu übersehen ist, von beiden Ein Schluß gefällt.

2) wird dieser Schluß auf das Gebrauchsrecht an einer gemeinschaftlich gepachteten oder geliehenen Sache daher gerechtfertigt, weil ich effectu nicht das Ganze meo iure gebrauchen kann, ohne das Recht des andern zu zerstören, (quia non omnia loca vehiculi teneam). [2]) Die Schlußfolge mußte hier diese seyn: Weil ich das Eigenthumsrecht an einer Sache nicht ganz ausüben kann, ohne das Miteigenthumsrecht eines andern aufzuheben, so ist es undenkbar, daß mehrere domini einer Sache in solidum seyn können; da nun auch das Gebrauchsrecht eines Pachters, wenn es auf das Ganze ginge, nicht in Wirkung gesetzt werden könnte, ohne das Mitgebrauchsrecht des Mitpachters zu kränken, so u. s. w. Anders ließe sich die conclusio nicht denken.

---

1) L. 3. §. 5. de possess. Savigny, das Recht des Besitzes S. 148 ff.

2) Daß dieses nicht so viel heißen könne: weil ich mit meinem Körper nicht den ganzen Raum des Wagens einnehme, sondern: weil ich nicht vermöge meines Rechts alle Plätze des Wagens inne habe, versteht sich wohl von selbst.

§. 11.

So viel ist also gewiß, daß der Römer den Grundsatz: duorum in solidum dominium esse non potest, aus Vernunftgründen, keineswegs aus willkührlichen positiven Bestimmungen, ableitete. [1]) Nur fragt sich, war sein Raisonnement auch richtig? denn war es falsch, so zwingt uns nichts, das irrige Resultat in einer dem römischen Recht ganz fremden Rechtsmaterie anzunehmen. Wir wollen zuerst hören, was der berühmte Danz [2]) über das Gesammteigenthum sagt, denn dieses ist es, was nach jenem Grundbegrif von ehelicher G. G. den Ehegatten zustehen soll. „Bey dem Gesammteigen-

1) Die Streitfrage, ob die L. 5. §. 15. cit. durch die L. 21. §. 1. eod. aufgehoben sey, oder nicht, kann uns hier eigentlich nicht interessiren, da nicht der eben beurtheilte Schluß, sondern der zweyte von der Theilung des Gebrauchsrechts auf die Theilung der Verbindlichkeit dabey in Frage kommt. Nur zur nähern Bestimmung der in unserer Materie unentbehrlichen Begriffe führe ich an, daß die Worte *communi periculo* in der L. 21. §. 1. schon deutlich anzeigen, es sey etwas ausgemacht worden, was sich mit einer Correalobligation gar nicht verträgt. Wer in solidum für die Gefahr haftet, haftet nicht gemeinschaftlich, sondern für sich allein auf das Ganze mit einem andern zugleich (duo rei habentur). Daß der eine den andern durch Zahlung befreyt, liegt nicht in einer Gemeinschaft, sondern darin, daß der Gläubiger die Zahlung nur einmal fodern kann. Voet (Commentar. h. t. §. 3.) hat hier die Wahrheit gesehen.

2) B. II. S. 498.

thum," heißt es dort,[3]) „kann man, so widersprechend es auch im ersten Anblicke scheinen mag, mit Wahrheit sagen, daß ein jeder einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen, und doch auch wieder kein einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen sey. Denn das Recht eines jeden Einzelnen erstreckt sich auf die ganze Sache, so daß dabey nicht einmal unabgesonderte" (ideelle) „Theile" (nämlich des Rechts) „gedacht werden; aber dieses Rechts auf die ganze Sache sind doch mehrere Individuen auf völlig gleiche Weise theilhaftig. Daraus folgt dann, daß nur alle Gemeiner zusammen über die Substanz und den Besitz der Sache zu disponiren befugt sind; daß hingegen kein Einzelner einen bestimmten Theil der Sache ansprechen, und eine Dispositionsbefugniß darüber sich anmaßen kann, indem, nach verschiedenen Hinsichten, ein jeder Gemeiner Eigenthümer des Ganzen, und wieder kein Einzelner Eigenthümer des Ganzen ist." Man könnte auf den Gedanken kommen, daß diese ganze Tirade nur Scherz seyn

---

3) Danz freylich verbindet, jedoch nur den Worten seiner Definition nach, wie wir weiter unten sehen werden, mit ehelicher G. G. einen andern Begrif. Auch soll es hiemit nicht gesagt seyn, daß der gemeine Begrif von Gesammteigenthum mit dem des bey ehelicher G. G. Statt findenden Rechts wirklich zusammenfalle.

sollte. Kein Gegner könnte dem angeblichen Begrif des deutschen Gesammteigenthums deutlicher logischen Widerspruch vorwerfen, als grade dieser Vertheidiger desselben. Also dahin führt dieser Begrif, daß man behaupten muß, ein bestimmtes Individuum sey nach verschiedenen Hinsichten Eigenthümer und Nichteigenthümer einer bestimmten Sache? Die Behauptung, daß einem bestimmten Subject ein Prädicat in einer Hinsicht abgesprochen, und in andrer beygelegt werden muß, ist immer nur ein uneigentlicher Ausdruck, dessen man sich in einer Wissenschaft gar nicht bedienen sollte. Es wird immer damit gesagt, daß das Prädicat nur noch nicht hinlänglich bestimmt sey. Man kann, strenge genommen, von niemanden sagen, daß er zu derselben Zeit Lob und Tadel verdiene, daß eine seiner Handlungen rühmlich und tadelnswürdig sey, nur das kann man behaupten, derselbe Mensch habe verdienstliche und verächtliche Handlungen begangen, eine gewisse Handlung desselben setze verschiedne, theils edle, theils schlechte Gesinnungen voraus. Allezeit sind es verschiedene Prädicate, welche durch die verschiedenen Beziehungen erzeugt werden, denn diese sollen ja grade bewirken, daß Urtheile, die sich in derselben Beziehung widersprechen würden, sich weder aufheben, noch bestätigen. Wie ist dieß aber, ohne Verletzung des Grundsatzes vom Widerspruch, an-

ders denkbar, als wenn die vollständig und deutlich gedachten Prädicate im Grunde nicht mehr dieselben bleiben, sondern durch die verschiednen Rücksichten, worin sie gedacht werden, eine andre Natur annehmen. Nur so lange jene Beziehungen nicht aufgefunden, jene nähern Bestimmungen nicht hinzugefügt waren, konnte es den Anschein haben, als wenn ein Prädicat demselben Subject zu gleicher Zeit gegeben und versagt werden müsse. So wie der Witz oft einen solchen Schein befördern muß, so soll sich dagegen die Wissenschaft bestreben, ihn zu verbannen, und uneigentliche Redensarten, die jenem behülflich wären, weil sie für ihre Zwecke nichts taugen, mit eigentlichen vertauschen.

Dieß angewandt auf unsre Frage, so möchte ich doch wissen, was sich noch an dem beyzulegenden oder abzusprechenden Prädicat näher bestimmen ließe, wenn darüber geurtheilt werden soll, ob ein bestimmtes Rechtssubject Eigenthümer einer bestimmten Sache sey oder nicht? Wie können hier durch Beziehungen die Prädicate vervielfacht werden? Das Rechtsverhältniß der Person zur Sache ist ja die einzige Beziehung, die hier in Frage kommt, ist dieses Eigenthum, so muß ein bejahendes, ist sie kein Eigenthum, so muß ein verneinendes Urtheil gefällt werden; tertium non datur. Es ist mithin eben so unmöglich, von jemanden zu sagen, er sey zugleich domi-

nus und non dominus eines Grundstücks, als zu behaupten, einer sey zugleich König und Nichtkönig in demselben Staate, wenn man nämlich nicht mit Worten witzig oder unwitzig spielen will. Aber Danz hat Recht, man muß gegen alle Logik zugestehen, daß ein Individuum zugleich Eigenthümer und Nichteigenthümer einer Sache seyn könne, wenn man sich einmal ein dominium plurium in solidum hat aufschwatzen lassen. Er zog richtige Folgerungen aus falschen Prämissen, und vertheidigte jene wieder aus diesen, ohne daran zu denken, daß sich Absurditäten nicht durch Consequenz rechtfertigen lassen.

§. 12.

Ehe wir weiter gehen, ist es nöthig, den Begrif vom Eigenthum festzusetzen. Ein jeder glaubt zu wissen, was Eigenthum sey, und es ist doch nichts schwerer, als es zu sagen. Zum Beweise mögen hier einige sehr abweichende Definitionen stehen:

Hellfeld (iurispr. for. §. 576.): Dominium *stricte tale* est species iuris realis, ex quo competit facultas de re corporali pro arbitrio disponendi.

Hoffacker (princip. iur. civil. §. 877.): Ius in rem, quod quis proprio nomine habet in *substan-*

tiam ſ. ipſum corpus rei, Dominium ſ. Proprietas ſenſu ſtrictiori dicitur.

Thibaut (Pandectenſyſtem B. II. §. 558.): das Eigenthum iſt das gewöhnlich dingliche Recht, vermöge deſſen Natur Jemanden die unbedingte Befugniß zuſteht, über eine einzelne körperliche Sache zu ſelbſtnützigen Zwecken nach Willkühr zu ſchalten.

J. H. Böhmer (introduct. in ius D. L. 41. tit. 1. §. 1. 2.): Dominium, etſi alias *latiſſime* ius quodlibet nobis competens, et quod *noſtrum* quaſi dici poteſt, denotet L. 9. ad L. Rhod. de iactu; *ſtricte* tamen et *primario* deſignat ius, quod alicui competit in res corporales, reſpectu cuius propria et noſtra dicitur. §. 2. Hoc ſenſu dominium eſt ius in re corporali, quo haec ita nobis propria eſt, ſeu ad nos ſpectat, ut alios poſſimus excludere ab uſu eius rei, deque illa disponere, quatenus Lege, pacto vel teſtamento ius disponendi non reperitur reſtrictum.

Hoffacker fehlte offenbar darin, daß er Proprietät mit Eigenthum für gleichbedeutend hielt, und es wird niemanden zufrieden ſtellen, wenn er ſich in der Note zu jener Definition damit tröſtet, daß auch die alten Juriſten jene Worte wechſelsweiſe für denſelben

Begrif gebrauchten [1]). Es trift freilich ein, daß derjenige, welcher vorzugsweise proprietarius genannt wird, dominus ist, auch hat derjenige, welchem das Eigenthum zusteht, immer Proprietätsrechte, obgleich nicht immer die ganze Proprietät, wie z. B. der dominus emphyteuseos [2]) oder superficiei; allein er hat qua dominus auch den usufructus (usufructus causalis), wenn nicht ein anderer diesen qua usufructuarius hat. Die Römer waren mit ihren Begriffen so vertraut, daß sie nicht viel dabey wagten, wenn sie die Worte bald in einer eigentlichen, bald in einer uneigentlichen Bedeutung nahmen; sie verwirrten sich so leicht nicht. Ob das auch wohl bey uns der Fall ist? Ich glaube nicht. Strenge Wissenschaftlichkeit ist auch immer gut, und diese fodert schlechterdings, daß man, nicht wie im Fluß der Rede, wo so vieles Misverständnissen vorbeugt, ein Wort bald in diesem bald in jenem Sinne nehme, sondern ein für allemal eine Bedeutung festsetze, und dieser getreu bleibe [3]). Daß hier zwey verschiedne

---

1) So steht z. B. in L. 78. de iure dot. (23. 3.) plena proprietas für volles Eigenthum oder Proprietät mit dem usufructus.

2) Hall. A. L. Z. December 1806. No. 144.

3) Daß man darum kein Pedant und nicht eben immer auch im Raisonnement so scrupuleus seyn dürfe, wie man es z. B. bey Definitionen seyn muß, versteht sich von selbst.

Begriffe vorhanden sind, ist oben von mir, und schon von andern vor mir gezeigt worden, und es ist nicht in der Ordnung, für beide bald dominium bald proprietas zu gebrauchen.

Schon Mayer[4]) hat bündig gezeigt, daß man weder das unvollständige (minus plenum) Eigenthum, noch das eingeschränkte (limitatum) durch die Definition ausschließen dürfe. Dagegen hat, abgesehen von andern Mängeln in seiner Definition, offenbar Hellfeld gesündigt. Wer in Hinsicht irgend einer einzelnen Verfügung über die Sache an die Einwilligung eines andern gebunden ist, oder wer die nuda proprietas hat, kann nicht mehr nach Willkühr über seine Sache schalten, oder, mit andern Worten, damit machen was er will, und bleibt darum doch Eigenthümer. Daß diesem Uebelstande durch die Worte: „vermöge dessen Natur" in Thibaut's Definition vollständig abgeholfen worden, scheint mir nicht. Vielmehr glaube ich, daß man ganz bestimmt darauf hinweisen müsse, jene Willkühr mache nur die Regel aus, das Eigenthumsrecht sey das Grundrecht, (das ius unum summum, wie Donell[5]) sich ausdrückt,) von dem alle an-

4) Autonomie St. 1. §. 8 — 15. 5) Comment. lib. 9. cap. 8.

deren dinglichen Rechte an Sachen als Theile abgelöst sind, und umfasse ursprünglich diese abgeleiteten Rechte, welche, wenn sie in der Person des Nichteigenthümers zu gelten aufhören, zu ihrer Quelle wieder zurückkehren müssen [6]). Auch Böhmer nimmt nur das beschränkte Eigenthum auf, und schließt das unvollständige aus, wider die Regel, daß sich der Oberbegrif in dem Unterbegrif immer wiederfinden muß. Ich würde folgende Definition vorschlagen:

Eigenthum ist das Recht, jede nicht überhaupt verbotene Verfügung über die Substanz oder über die Früchte einer speciellen körperlichen Sache ausschließlich vorzunehmen, in so fern nicht irgend ein andres Individuum zu einer bestimmten Verfügung der Art besonders ex quavis caussa befugt, oder

6) L. 4. de iure dot. Si proprietati nudae in dotem datae ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos: quemadmodum si quid alluvione accessisset. Aus diesem Grunde behauptet Weyer commun. bon. P. I. thes. 9. §. 5. n. 26., daß ein mit dem Eigenthum eines der Ehegatten consolidirter Nießbrauch nicht zur Errungenschaft gehören könne, weil nämlich die Befugniß zu niesbrauchen ursprünglich schon in dem Eigenthumsrecht enthalten sey, also durch Consilodation kein neues Recht, mithin, wie unten sich ergeben wird, im wahren Sinne keine Vermehrung des Vermögens entstehe.

doch berechtigt ist, zu verlangen, daß die Ausübung derselben unterlassen werde.

Der Eigenthümer hat stets die Regel für sich, und eben in dieser Regel besteht sein Recht; nicht so der Emphyteuta, der Superficiarius, der Pfandgläubiger, der Inhaber einer Servitut: allen diesen stehen nur bestimmt diejenigen Dispositionsrechte zu, die ihnen besonders ertheilt sind, der dominus hat alle, die ihm nicht genommen sind. Die Bestimmungen: „nach Willkühr" und „zu selbstnützigen (lieber noch: selbstgewählten) Zwecken," gehören, glaube ich, nicht in die Definition. Das erste liegt schon in dem Begrif von Recht, denn ich bin nur in so weit zu einer Handlung berechtigt, als ich sie willkührlich vornehmen kann. Ich habe das Recht, dieß zu thun, oder diese Handlung hängt nach dem Gesetz von meiner Willkühr ab, ist eins. Was den anderen Zusatz betrift, so bin ich allerdings als Eigenthümer befugt, über die Sache zu selbstnützigen Zwekken zu disponiren, aber dasselbe kann auch vermöge meines Rechts für fremde Zwecke und ohne allen Zweck geschehen.

§. 13.

Andere Bedeutungen von Eigenthum sind uneigentlich, und dürfen, wie schon gezeigt, hier nicht beachtet werden. Am verwirrendsten ist aber diejenige, welche

von den Germanisten hier so häufig gebraucht wird, und wornach Eigenthum so viel heißt als der Inbegrif des rechtlichen Vermögens, oder vielmehr das Vermögen selbst, in so fern es einer bestimmten Person zuständig ist. Danz [1]) sagt, es stehe den Ehegatten vermöge der ehelichen G. G. an dem gegenseitig in die Ehe gebrachten oder während derselben erworbenen Vermögen ein ausschließliches, ungetheiltes Eigenthum zu. Nachher, S. 406, drückt er dieß so aus: es gebühre jedem Ehegatten an dem in der Communion begriffenen Vermögen gleicher Antheil in Ansehung des Eigenthums. Man sollte glauben, daß hier noch von einem außer dem Vermögen gedachten Rechte an dem Vermögen die Rede sey [2]). Allein Vermögen im rechtlichen Sinne ist

---

1) a. a. O. B. VI. §. 603.

2) Sherer §. 1. definirt auch wirklich so: „eheliche G. G. sey ein unzertheiltes Recht, welches beiden Eheleuten über ihr beiderseitiges gesammtes Vermögen rc. oder einen Theil zustehe." §. 46. (S. 96.) erklärt er dieß aber dadurch, daß „jeder derselben einerley Rechte und Verbindlichkeiten untheilbar auf sich habe," und „jedes von ihnen Herr aller Güter, der ganzen Activ- und Passivmasse sey." §. 52. (S. 116.) heißt es: die allg. ehel. G. G. erstrecke sich auf Handlungen (Befugnisse zu Handlungen) und Verbindlichkeiten aller Art. *G. L. Böhmer* diss. de iur. et oblig. coni. ex comm. bon. §. 3. drückt sich darüber so aus: Idem in hac communione ius in iisdem bonis penes coniuges coniunctim est, quod alioquin ante transitum in matrimonium alterutri coniugi competebat: ac proin-

nichts anderes als ein Inbegrif, eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten, weder auf diese aber noch auf jene, nämlich in derselben Person gedacht, kann man ein Recht haben. Am augenscheinlichsten ist dieß, wenn man von dem ganzen Vermögen, d. h. dem Inbegrif aller Rechte spricht, denn dann müßte das Recht am Vermögen wieder unter dem Vermögen begriffen seyn. Was ich weiter unten §. 50. zur engern Beschränkung des Begrifs Vermögen gesagt habe, ist hier nicht im Wege, da Recht am Vermögen doch immer kein unschätzbares seyn könnte 3). Jene Redensarten können also nichts anderes sagen, als das Vermögen stehe beiden ausschließlich und ungetheilt zu, jedes sey Subject des ganzen Vermögens. Da man nun mit dem Worte Vermögen u. w. d. a. hier sehr gut ausreichen kann, auch die Eigenthumsrechte im eigentlichen Sinne in dem Vermögen begriffen sind, und einen wichtigen, aber doch immer nur einen Theil desselben ausmachen, so halte ich

---

de iura *in proprietate contenta*, inter coniuges non sunt divisa, sed ad utrumque coniugem coniunctim spectant: eoque sensu *ius illud commune in complexu bonorum coniugalium condominium vocatur*.

3) Wollte man aber auch den Inbegrif solcher Sachen, an welchen man Rechte aller Art hat — ein Begrif, der aber keinen juridischen Werth hat — darunter verstehen, so würde es doch in jedem Betracht fehlerhaft seyn, zu sagen, jemand habe Eigenthum an diesem Inbegrif von Sachen.

es wissenschaftlicher Strenge nicht gemäß, hier ohne Noth von einem Wort eine weitere und engere, eine eigentliche und uneigentliche Bedeutung anzunehmen. So sehr gebräuchlich daher dieß auch bey den Germanisten ist, so werde ich mich doch in der Folge des Wortes Eigenthum nie anders, als in dem oben von mir angegebenen ächt römischen Sinne bedienen, wohl aber gelegentlich zu zeigen suchen, welches Unheil aus jener Zweydeutigkeit entstanden ist.

§. 14.

Unsre Aufgabe war, zu beweisen, daß das Eigenthum der Natur der Sache nach nicht zween verschiedenen Personen, oder genauer Rechtssubjecten, zugleich ungetheilt zustehen könne; ich füge hier gleich hinzu, daß dieses nicht bloß vom ganzen Eigenthum, sondern auch von jedem einzelnen bestimmten Theil desselben gilt. In dem Eigenthume liegt

1) die Befugniß, in der Regel mit der eigenthümlichen Sache zu schalten und zu walten wie man will, sie zu zerstören oder zu gebrauchen oder was man sonst mit ihr vornehmen mag.

2) die Befugniß, jeden andern in der Regel von aller Disposition über die Substanz oder die Früchte der Sache auszuschließen.

Die erste, positive Befugniß ist eigentlich die Grundbefugniß, die letztere, negative nur eine Folge von jener; denn in so fern eine körperliche Sache von meinem Willen abhängig seyn soll, darf kein andrer sich eine Disposition darüber anmaaßen. Jeder Theil des Eigenthumsrechts hat irgend eine Verfügung über die Sache zum Gegenstande, haben nun zwey Rechtssubjecte in jedem Momente das Recht, diese Verfügung vornehmen zu können, so heben die Rechte einander auf. Können zwey einen ganzen Acker, jeder suo iure zu gleicher Zeit ganz benutzen, so kann keiner es.

Das Object des Eigenthumsrechts sind zunächst nur positive Handlungen; da nun Recht sanctionirte Willkühr ist, so besteht das Eigenthumsrecht grade darin, daß jene Handlungen der Willkühr des berechtigten Subjects anheim gegeben sind. Wie läßt es sich nun denken, daß dieselbe Handlung, welche zu einer Zeit im Raume nur einmal geschehen kann, von der Willkühr zweyer Personen abhängen könne; wie läßt es sich denken, daß A und B beiden die rechtliche Möglichkeit zustehe, über die Abhauung eines Baumes zu bestimmen, ob und wann sie geschehen solle, und zwar so, daß beide ihren Willen realisiren können. Es ist kein Einwand, daß beide ja einig seyn können, denn so weit

geht nur meine Willkühr, als ich, um etwas wirklich zu machen, der Einigkeit mit einem andern nicht bedarf.

§. 15.

Es ist zwar im Begrif nicht widersprechend, daß ich berechtigt seyn kann, einen jeden von einer Sache meo iure abzuhalten, ohne daß ich sie selbst zu berühren befugt bin, aber in der Wirklichkeit existirt ein solches Recht nicht, warum nicht? weil die Gesetze, ihrer natürlichen Absicht nach, nur die Willkühr beschränken, um die vernünftige Willkühr eines jeden möglich zu machen. Damit ist also auch der Knoten nicht gelöst, daß man, wie Sherer[1]) und andre, sagt, das Eigenthum schließe zwar in seinem ganzen Umfange einen jeden andern, als den Eigenthümer aus, das deutsche Miteigenthum sey aber dahin limitirt, daß man alle andere, nur nicht den condominus ausschließen könne. Ein solches Ausschließungsrecht ist an sich denkbar, aber mit dem Eigenthumsrecht kann es nicht verbunden seyn, weil bey diesem die Ausschließung, oder, was einerley ist, die allgemeine negative Verbindlichkeit der übrigen, Folge der dem Berechtigten zustehenden Willkühr ist, welche mit der Willkühr irgend eines andern in Hin-

---

1) S. §. 71. (S. 175.) §. 111. (S. 250.)

sicht eines und desselben Gegenstandes nicht bestehen kann.

§. 16.

Eben so irrig würde es seyn anzunehmen, daß Recht und Ausübung hier geschieden, und es daher denkbar sey, daß jeder Miteigenthümer zwar das volle Recht, die Ausübung aber nur in so fern habe, als der andre nicht schon darin begriffen sey [1]), oder nur in so fern, daß er bey jedem ausübenden Facto erst die Einwilligung der Mitberechtigten einholen müsse, wie z. B. der, welchem eine Sache unter der Bedingung vermacht worden, daß er sie ohne Einwilligung eines dritten nicht veräußere, darum doch dominus rei sey. Was das erste betrift, so behaupte ich ohne Bedenken, daß zwar Recht und Ausübung desselben, aber nicht Recht und Befugniß zur Ausübung, weder in Gedanken noch in der Wirklichkeit getrennt seyn können, da sie eins sind. Ich fodere jeden auf, mir Beyspiele im positiven Rechte zu zeigen, wo Recht und Befugniß es auszuüben sich in verschiedenen Personen befinden [2]). Die

1) Sherer T. I. §. 106. p. 261.

2) Man muß dieß nur nie mit dem Falle verwechseln, da in dem Recht des einen, die Befugniß zu gewissen Handlungen liegt, der andere aber im Verhältniß zu jenem berechtigt ist, diese Hand-

Fälle, da der Eigenthümer auf sehr geringe Proprietäts-rechte eingeschränkt ist, wie z. B. der filiusfamilias in Ansehung des adventitii regularis, fallen von selbst weg, da, wie gesagt, der dominus nur die Regel für sich hat. Aber der Vormund kann doch Rechte ausüben, die dem Pupillen zustehen? Das ist wahr, aber es wird auch in iure angesehen, als wenn der Pupill selbst gehandelt hat. Der tutor handelt in des Pupillen Namen, für ihn, zu seinem Vortheil, seine Befugniß zu handeln geht nur so weit, als das Recht des Pupillen, jene, so wie die Handlungen selbst, sind also ein Ausfluß von diesem. Nicht weniger fehlerhaft würde ein von der dos hergenommenes Beyspiel seyn. Jedoch könnte man hier sogar verführt werden, in dem dominium civile des Mannes und dem naturale der Frau eine Ausnahme von der Regel, duorum in solidum etc. zu sehen, eine einzige Ausnahme würde hier auch alles gegen mich beweisen. Wirklich wandte sich Cocceji 3) diese Regel gegen seine Behauptung jenes zwiefachen dominii ein, und seine Antwort, „duo dominia eiusdem generis non possunt concurrere; at hic sunt diversa dominiorum genera," dürfte nicht befriedigen.

---

lungen vorzunehmen, weil er ihm die Befugniß ertheilte, sie auf seinen Namen (*se auctore*) auszuüben. Weiter unten kommt ein Beyspiel vor.

3) I. C. C. L. 25. tit. 3. qu. 6.

Seitdem die Unterscheidung in dominium bonitarium und ex iure Quiritium wegfiel, giebt es nur eine bestimmte Bedeutung von Eigenthum, eine jede Art desselben würde also, sobald man das Wort im eigentlichen Sinne nähme, die characteristischen Merkmale in sich fassen, und grade diese können, wie auch sonst das Ganze qualificirt seyn mag, nicht in zweyen Personen zugleich zusammentreffen. Die ganze Distinction ist unfehlbar aus Justinians Constitut. 30 C. de Iure dot. entsprungen. Vor Justinian war von der Tradition an, und blieb bis zur Retradition der dos, der Mann unzweifelhafter einziger Eigenthümer der ihm eigenthümlich gegebenen Dotalsachen, so wie er auch alle andern Rechte, die man ihm in dotem gegeben hatte, für sich allein inne hatte. Es ist zu bekannt, daß ihm in mehrern Gesetzstellen dieses Eigenthum mit dürrem Worte zugesprochen wird, als daß ich die Belege davon hier anzuführen nöthig hätte. Er übte auch alle Rechte eines Eigenthümers aus, er veräußerte, selbst da wo er die species zu restituiren verpflichtet war, gültig [4]), er manumittirte die Dotalsklaven [5]), er vermiethete den

4) *Vinnii* comment. ad pr. I. quib. alienare lic. (2. 8.)

5) L. 3. §. 2. de suis et legit. hered. (38. 16.) L. 21. de manumiss. (40. 1.) L. 3. C. de iur. dot. (5. 12.) L. 1. C. de serv. pign. dat. (28. 4.) L. 61 – 64. solut. matrimon. (24. 3.)

fundus dotalis [6]), er stellte alle die Dotalsachen betreffenden Klagen, also auch die rei vindicatio und actio furti an [7]), so wie dagegen auch die actio communi dividundo gegen ihn, und nur deswegen nicht von ihm anzustellen war, weil der fundus dotalis nicht veräussert werden konnte [8]), der Dotalsklave trat iussu mariti Erbschaften an, und repudiirte sie [9]); der Mann erwarb ferner auch die Accessionen und den Schatz, obgleich er jene gar nicht, und diesen nur, als Finder, zur Hälfte lucrirte, die Früchte aber erwarb er als Eigenthümer, und lucrirte sie, quia dos ad sustinenda matrimonii onera datur, es sey denn, daß sie selbst und nicht die Proprietät in dotem gegeben worden [10]). Alles dieß aber that der Mann in eignem Namen, daher wurde er als Patron der von ihm manumittirten Sklaven angesehen [11]), lucrirte er, falls er bona fide

---

6) L. 25. §. 4. eod.

7) L. 18. §. 1. eod.

8) L. 2. C. de fund. dotal. (15. 23.)

9) L. 58. solut. matrimon. (24. 3.)

10) *Lauterbach* Colleg. theor. pract. ad lib. 23. tit. 3. §. 33. 34. Coccei a. a. O. verwechselt offenbar den Erwerb mit dem lucrum, vermuthlich dadurch verleitet, daß letzteres zuweilen auch in den hieher gehörigen Stellen mit acquisitio gegeben wird. Daß der Mann qua dominus die Früchte erwerbe, steht mit dürren Worten in L. 78. pr. de iur. dot. (23. 3.)

11) L. 3. §. 2. de suis et legit. cit.

eine Sklavin heirathete, die ihm von ihr in dotem gegebenen Sachen durch Usucapion [12]), werden ususfructus und proprietas in seiner Person consolidirt, wenn eins von beiden ihm in dotem gegeben ward, und er das andre schon hatte [13]), erlöscht auch die Servitut durch Confusion, wenn der Mann das dem fundo dotali dienende Grundstück erwirbt, oder ihm das letztere bey der Uebergabe des ersteren schon zustand [14]) u. s. w. Auch sogar der Schluß der L. 30. C. de iur. dot. cit. giebt hier sogar noch einen Beweis ab. Nur durch die Lex Julia war insbesondre die Dispositionsbefugniß des Mannes in Hinsicht des Italischen Dotalgrundstücks beschränkt.

Dagegen wird die Frau in den Gesetzstellen, welche älter sind, als Justinian, nirgends während der Ehe domina dotis genannt, oder ihr ein dominium wörtlich beygelegt, auch der Ausdruck naturale dominium kommt von ihrem Recht an die Dotalsachen nicht vor. Vielmehr werden ihr aus dem Eigenthum als solchem hervorgehende Befugnisse gradezu abgesprochen, nämlich alle Veräußerung [15]) und die actio

---

12) L. 67. de iur. dot. iunct. cum L. 7. §. 3. eod. (23. 3.)

13) L. 78. eod.

14) L. 7. de fund. dotal. (23. 5.)

15) L. 23. C. d. iur. dot. (5. 12.): „cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit," Cf. L. 29. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.)

furti [16]). Wenn nun aber von der dos an mehrern Orten gesagt wird, daß sie in patrimonio mulieris, oder schlechtweg mulieris sey, so kann daraus keinesweges auf ein dominium der Frau, sey dieses auch geartet wie es wolle, darum geschlossen werden, weil die Ausdrücke auch vom Eigenthum vorkommen, vielmehr müssen sie hier, da sich absentia dominii in der Person der Frau anderweitig erweisen läßt, in der weitern Bedeutung genommen werden, wornach sie so viel sagen, als in bonis mulieris esse [17]), welches denn wieder nichts weiter heißen würde als, in gewisser Beziehung zum Vermögen der Frau zu zählen seyn.

L. 49. de V. S.: „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, *non solum quae dominii nostri sunt*, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sunt. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutio-

---

16) L. 49. de furtis (46. 7.)

17) *Vicat* Vocabular. verb. Patrimonium. Sogar vom peculium des Sklaven wird der Ausdruck proprium patrimonium freilich nur in einer uneigentlichen Bedeutung gebraucht, wie die Partikel velut zeigt, aber auch in der L. 16. de religios (2. 7.) heißt es: *quasi* de patrimoniis suis.

nibus: nam haec omnia in bonis esse videntur." Vergl. L. 83. eod.

Die Frau zog mit dem Manne gemeinschaftlichen Vortheil von den Dotalsachen, es lag ihr mit daran, daß die onera matrimonii dem Manne leicht fielen, daß das Nöthige und auch das Ueberflüssige in der Haushaltung nicht fehlte, sie konnte, in so fern nicht ein extraneus, oder der Vater gleich anfangs, für sich die dos stipulirt hatte, sicher darauf rechnen, wenn bey ihren Lebzeiten dieser gemeinschaftlich von derselben gezogene Vortheil aufhören würde, das Eigenthumsrecht daran inskünftige zu bekommen [18]), daher konnte sie in eignem Namen auf das duplum klagen, wenn sie sich dieses wegen Eviction der rei dotalis selbst stipulirt hatte [19]), daher hielt man dafür, daß der Gegner im Proceß sowohl gegen sie als gegen den Mann durch ein unbewegliches Dotalstück ohne Caution gesichert sey [20]), darum glaubte man auch, es sey billig, daß

---

18) „Eius interest rem salvam esse — res periculo eius est" L. 49. de furt. cit.

19) L. 75. de iure dot. (23. 3.): „huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet."

20) L. 15. §. 3. qui satisd. cog. (2. 8.). Der Ausdruck possessor in dieser Gesetzstelle geht so wenig auf Besitz, als auf ein prätorisches Eigenthum, sondern bloß auf jenes in bo-

der, welcher nach dem selbst in der Ehe erfolgten Tode der Frau die dos lucrire, daraus die Beerdigungskosten derselben bestreite [21]), darum endlich, und weil es von Zufälligkeiten abhieng, ob die dos dem Manne verbleiben sollte, würde diese nicht mit zu seinem Vermögen gerechnet, wenn von Qualification zu Municipallasten die Rede war [22]).

Die Frau hatte so wenig irgend ein dingliches Recht an den Dotalsachen während der Ehe, daß sie es nicht einmal nach Beendigung derselben anders als durch Retradition bekam, und keinesweges war hier an ein dominium reviviscens zu denken. Wenn der Uebergang der Rechte und Verbindlichkeiten des Mannes in Hinsicht der Dotalsachen auf seine Erben [23]), oder auf den Fiscus [24]), und die Befugniß des Mannes, selbst noch über seinen Tod hinaus darüber zu disponiren [25]),

---

nis habere im weitesten Sinn. Vergl. Savigny Besitz S. 81. ꝛc.

21) L. 16. de religios. (11. 7.)

22) L. 21. §. 4. ad municipal. (50. 1.) Die noch sonst zum Beweise eines Eigenthums der Frau angeführten LL. 3. §. 5. de minoribus XXV. ann. (4. 4.) und L. 4. de collat. bonor. (37. 6.) reden von Rechtsverhältnissen zwischen Vater und Tochter ratione dotis profectitiae, welche erst nach beendigter Ehe wirksam sind.

23) L. 1. §. 1. de fund. dotal. (23. 5.)

24) L. 2. §. 1. eod.

25) L. 3. C. de iure dot. (5. 12.) L. 13. §. 4. de fund. dotal. (23. 5.)

dieses nicht schon vollständig bewiesen, so würde das Fehlende folgende Gesetzstelle suppliren:

L. 7. §. 3. de iure dotium (23. 3.): „Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant: efficiuntur. enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus, tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur nuncio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, *condicere* eas debebit misso nuncio; enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuncio remisso, *statim eas vindicabit.* Sed ante nuncium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti, aut doli, aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari."

Erfolgte also die Ehe, und mit dieser der Uebergang in das Eigenthum des Mannes, so konnte nach geschehener Trennung wieder von keiner Vindication die Rede seyn. Die Frau foderte dann die dos nebst allen, auch während der Ehe entstandenen, nicht zu den Früchten

gehörigen, Accessionen und dem Schatze, (nur die Hälfte desselben, wenn der Mann Finder war,) durch eine persönliche Klage, actio dotis oder ex stipulatu [26]) zurück (nichts weiter als dieß will es bedeuten, wenn gesagt wird, daß die Frau diese Dinge lucrire), und diese Foderung entsprang nicht etwann, wie Cocceji a. a. O. meint, aus dem natürlichen Eigenthum der Frau, sondern daraus, daß der Mann durch die Stipulation oder durch die datio in dote selbst verpflichtet wurde, nach getrennter Ehe, alles in dotem gegebene, nach Abzug der ihm gebührenden Früchte und der impensae necessariae, zu restituiren. Ganz entscheidend ist aber noch, daß der in dotem gegebene usus fructus nicht allein durch Tod und non usus in der Person des Mannes verloren gieng, sondern, wenn die Frau nicht zur Zeit der Rückgabe die Proprietät hatte, die Restitution, da sie durch Cession nicht bewerkstelligt werden kann, entweder dadurch geschah, daß der Mann sein Recht aufgab („dimittit a se usumfructum") und der Eigenthümer der Frau den Niesbrauch constituirte, oder ihr den Werth desselben bezahlte, oder dadurch, daß der Mann ihr die Ausübung desselben auf seinen Namen (se auctore) überließ, wodurch sie dann nicht das dingliche

---

26) L. 24. L. 74. de iure dot. (23. 3.)

Recht, sondern ein persönliches gegen den Mann erhielt [27]), und endlich, daß der Mann auch noch nach geendigter Ehe die dos eintreiben konnte, und unter Umständen eintreiben mußte, um sie der Frau zu restituiren [28]).

Es fragt sich nun nur noch, was ist hierin durch die L. 30. C. de iure dot. cit. geändert. So viel ich sehen kann, ist diese Constitution nicht dazu geeignet, Justinians Scharfsinn Ehre zu machen. Bald sagt er: „cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in matrimonium mariti videatur fieri: ideo rei veritas deleta vel confusa est," bald: „ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam etc. Wenn man aufrichtig seyn will, so muß man gestehen, daß Justinian selbst nicht recht gewußt hat, was er wolle und was er denke. Es ist daher fast zu viel Gefälligkeit, wenn Lauterbach [29]) ihm mit einem dominium κατὰ πρόληψιν

---

27) L. 66. L. 78. pr. §. 1–3. de iure dot. (23. 3.) L. 57. solut. matrimon. (24. 3.)

28) L. 84. de iur. dot. (23. 3.) L. 30. de pact. dotalib. (23. 4.)

29) A. a. O. §. 31.

aushilft, und der Wissenschaft nicht vortheilhaft, wenn man von so schwankenden Ausdrücken eine, wie mir scheint, unnöthige Abtheilung hernimmt. Wollte Justinian Spitzfindigkeiten hier aufheben, so konnte er es ja, er that es aber nicht, sondern ließ sie durch sein sive — sive — noch immer gelten. Ich dächte also, wir ließen ihm seine subtilen Distinctionen [30]) und hielten uns an das, was er Neues wirklich und deutlich verfügt hat. Dieß ist aber nichts weiter, als daß die Frau außer der persönlichen Klage auch eine rei vindicatio und eine actio hypothecaria haben solle. Nur was mithin vom ältern Recht hiermit nicht bestehen kann, ist als durch die L. 30. aufgehoben anzusehen.

Es ist also erwiesen, daß hier so wenig, als in den übrigen recensirten Fällen, das Recht selbst in einer und die Ausübung auf eignen Namen (non alio auctore) und in eignem Namen in der andern Person Statt finde. Wie hervorspringend wäre nicht auch das Widersprechende in der Behauptung, daß bey der ehelichen G. G. jeder das Recht, aber jeder auch die Befugniß habe, das Recht des andern durch Ausübung ipso facto zu suspendiren!

---

30) Auffallend ist es, daß Lauterbach a. a. O. das secundum legum subtilitatem gerade auf das dominium naturale der Frau bezog, welches doch Justinian so natürlich fand.

Was nun das zweyte, nämlich die Gebundenheit der Ausübung an die Einwilligung des andern vice versa, betrift, so ist dieses eben so wenig zureichend, die Sache vernünftig zu erklären, denn es fragt sich, ist jene Gebundenheit des andern an meinen Consens, oder meine Befugniß, über die Sache nach meiner Willkühr zu verfügen, das was mich zum Eigenthümer macht? Ich denke, das letztere, und wenn das ist, so kommen wir wieder auf den obigen Satz zurück, daß in Betref desselben Objects nicht Willkühr mit Willkühr sich vertrage. In dem von dem testamentarischen Verbot der Veräußerung hergenommenen Fall, beruht das ganze Recht des Dritten darauf, daß er die Veräußerung verhindern kann, positive Verfügungen darf er nicht vornehmen. Meiner Willkühr ist grade durch diese negative Befugniß desselben ihre Grenze angewiesen, alles was aber diesseits dieser Grenze liegt, ist mein Recht, welches durch keine Concurrenz des dritten gehindert wird. Nicht dieser darf bestimmen, daß die Sache veräußert werden solle, nicht er veräußert sie, sondern ich mit seiner Einwilligung.

§. 17.

Die Möglichkeit, daß ein Recht zugleich in zween Personen existiren könne, ist auch nicht etwa durch die active Correalobligation zu erweisen. Es sind hier zwar

zwey Personen berechtigt, das Ganze zu fodern, allein es ist doch nicht dasselbe Recht, nur die Verbindlichkeit ist eins, so wie hingegen bey der passiven Correalobligation das Recht einfach, und dagegen die Verpflichtungen mehrfach sind [1]). Bey beiden sind die Rechtsverhältnisse nur gleich (non impar est obligatio — duae obligationes eiusdem potestatis sunt — in utraque obligatione una res vertitur), nicht eins, eben weil in dem einen Fall das Recht, in dem andern die Verbindlichkeit mehrfach ist [2]). Daraus wird denn für die pas-

---

1) Es ist daher nicht richtig, wenn man sagt, diese Correalverhältnisse wären eine Ausnahme von der Regel, daß mehreren Subjecten ein Recht oder eine Verbindlichkeit nur theilweise zustehe, vielmehr sind dieß nur Fälle, auf welche die Bemerkung, daß gewöhnlich Einem Recht auch nur Eine Verbindlichkeit, und umgekehrt, correspondire, nicht paßt.

2) L. 9. in f. de duob. reis (45. 2.): „nam etsi maxime parem caussam suscipiunt (duo rei promittendi); nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio." Adde die schon angeführten Worte im §. 1. I. eod. (3. 17.): „in utraque obligatione una res vertitur." Diesem widersprechen auch weder die Worte: alia atque alia erit obligatio in demselben §., da sie nur die Gleichheit der beiden obligationes betreffen, noch die Worte in L. 3. P. eod. cum una sit obligatio, welche nichts weiter heissen sollen, als: cum *par* sit obligatio. Gesetzt auch, hier wäre ein Widerspruch, so würde doch die erstere Meinung den Vorzug haben, da die Gesetze keine für das denken sind. Es macht also auch nichts aus, daß die obigen Gesetze bloß von der passiven C. O. sprechen, denn sie sollten nur bestätigen, was

sive C. O. gefolgert, daß es dem einen correus debendi nichts nützt, wenn der Gläubiger dem andern schuldig ist [3]); daß wenn der eine durch capitis deminutio von seiner Verbindlichkeit befreyt wird, dieß dem andern nicht zu gute kommt [4]); daß ferner, wenn ein correus debendi Erbe des andern wird, ihm nun zwey Obligationen obliegen (duas sustinet obligationes) [5]); endlich, daß die Verbindlichkeit des einen bedingt, die Verbindlichkeit des andern unbedingt seyn könne [6]). Für die active Correalobligation folgt daraus, daß durch den Nachlaßvertrag des einen correus credendi dem andern nicht geschadet wird, da jener nur sein Recht aufgiebt, ohne daß dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners gelöst wird, welcher zwey Rechte correspondirten, von denen das eine stehen blieb [7]). Auf der

---

ohnehin schon aus der Natur der Sache folgt.

3) L. 10. de duobus reis (45. 2.)

4) L. 13. eod.

5) L. ult. eod.

6) L. 7. de duobus reis (45. 2.) §. 2. I. eod. (3. 17.). Umgekehrt muß bey der activen C. O. auch das eine Recht bedingt, das andere unbedingt seyn können.

7) L. 27. de pactis (2. 14.). L. 34. pr. d. recept. (4. 8.): „si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur, videndum est, an, si alius petat, vel ab alio petatur, poena committatur. — Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt. *alias nec a te petitur, nec ego peto,*

andern Seite streitet nicht gegen jene Mehrzahl der Rechte und Rechtsverhältnisse, daß nach L. ult. C. de duobus reis (8. 40.) die von dem Schuldner geschehene Anerkennung des einen Gläubigers dem andern nutzt, denn dieß liegt darin, weil Identität des Rechtsgrundes vorhanden ist (cum ex una stirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit [8]). Es ist hier also im übrigen grade so anzusehen, als wenn jeder correus credendi allein und abgesondert sich sein Recht erworben hätte (unumquemque perinde sibi adquisiisse, ac si solus stipulatus esset [9]); nur mit dem Unterschiede, daß nur eine Verbindlichkeit den beiden Rechten correspondirt, daher una caussa, par obligatio, vorhanden seyn muß, (una res vertitur). Daraus folgt denn aber, daß durch Erlöschung der Verbindlichkeit beide Rechte in beiden Personen verloren gehen (non quoniam ipsi accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est [10]); woraus dann weiter folgt,

---

nec meo nomine petitur, licet a te petatur. Die Worte in L. ult. de duobus reis: multum enim interest, *utrum res ipsa solvatur,* an persona liberetur, müssen angewandt auf die active C. O. heißen: an ius persona amittat.

8) L. ult. cit. in f.

9) L. 31. §. 1. de novat. (46. 2.)

10) L. 16. pr. de acceptilat. (46. 4.)

1) daß es von dem debitor abhängt, wem er zahlen will, um von beiden frey zu werden.

2) daß der eine durch jede Realisirung seines Rechts, und da die Klage, in so fern nämlich Litiscontestation erfolgt [11]), dafür in iure angesehen wird, durch Anstellung derselben, das Recht des andern ipso facto aufheben kann (excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest) [12]).

Das Recht eines jeden geht zwar auf das Ganze, aber auch von Anfang an nur so weit, als der andre nicht in Hinsicht seines Rechts auf das Ganze befriedigt wird, und jeder correus credendi kann vor der Klage in effectu nichts weiter prätendiren, als daß der Schuldner ihm oder dem andern leiste. Daher denn auch die Formeln: „si illi non dederis, mihi dare spondes?" „mihi aut Titio?" „utrique vestrum dare spondes?" hier gleiche Wirkungen haben [13]).

Bey dem deutschen Eigenthum soll dieß alles ganz anders seyn. Hier soll Ein Recht zween gehören [14]),

11) Thibaut P. R. §. 226.

12) L. 31. §. 1. de novat. cit.

13) Vgl. pr. I. de duobus reis (3. 17.) mit L. 16. P. eod., (45. 2.) L. 9. de V. O. (45. 1.) und L. 57. de solut. (45. 3.)

14) *I. Veracius* l. c. qu. 13. „unius dominium est idem, quod alterius et cuiusque in solidum."

und jeder soll das ganze Recht suo nomine ausüben können, ohne dadurch der Befugniß des andern zuwider zu handeln; kürzer: es soll einer berechtigt und nicht berechtigt zu gleicher Zeit seyn können. Daß übrigens jenes Correalverhältniß bey dinglichen Rechten überall undenkbar sey, bedarf wohl keines Beweises.

§. 18.

Den Einwurf darf ich wohl nicht fürchten, daß nach meiner eignen Behauptung ja das Eigenthum eigentlich nur die Regel ausmache, die einzelnen darin enthaltenen Befugnisse aber durch specielle Berechtigung andrer davon geschieden werden können, man also doch annehmen dürfe, daß das Eigenthumsrecht beiden Ehegatten ungetheilt zustände, die von demselben eingeschlossenen Befugnisse jedoch unter ihnen getheilt seyen. Denn daß Befugnisse, die einem überall nicht mit einem andern zugleich zustehen können, mir auch nicht in der Regel mit dem andern zustehen können, leuchtet doch wohl von selbst ein. Es gilt hier also vollkommen der Schluß von dem ius unum summum, dem Eigenthum, auf die einzelnen darin summirten Rechte, und von diesen wieder auf jenes zurück. Zudem ist eheliche G. G., Gemeinschaft des Vermögens, worin denn nicht bloß Eigenthum, sondern auch andre Rechte, und unter diesen auch die iura

in re aliena, usus fructus u. s. w., eingeschlossen sind. Das Resultat bleibt also: dasselbe Recht zu gleicher Zeit in mehrern Personen ist nicht denkbar, also auch ein dominium plurium in solidum bey deutschen Ehegatten ein Unding.

§. 19.

Aus einem logisch unrichtigen Begrif läßt sich eigentlich gar nichts deduciren, so wenig als sich aus trübem Wasser klares schöpfen läßt. Aber man kann durch Abstraction die einzelnen im Begrif widersprechenden Merkmale für sich allein hinstellen, und aus diesen Folgerungen machen, die ganz richtig seyn können. Wer nun einmal die Merkmale als Theile des Begrifs dachte, muß dann auch glauben, daß aus dem Begrif gefolgert worden ist. Aber auch einer solchen Consequenz hat man sich hier nicht einmal beflissen, am wenigsten aber ist Sherer, was diesen Punct betrift, zu empfehlen. Schon gleich sein erster Schluß aus dem Begrif, daß der überlebende Ehegatte das Vermögen ganz allein und zwar ipso iure und ohne alle Succession gewinne [1]), ist falsch. Er drückt sich darüber an zerstreuten Stellen so aus:

---

1) Westphal Deutsches Privatrecht Th. II. §. 11. behauptet nur, daß dieß in dem Falle, da keine Kinder da sind, nach der Natur der G. G. Statt finde; warum aber nur

Th. II. S. 175: „Bey der allgemeinen ehelichen G. G. sitzen die Eheleute mit einander in einem unzertrennten Sammteigenthum; wenn also eines" (einer) „von ihnen stirbt, so ist der andre nicht des Verstorbenen Erbe, sondern er hat jetzt das Sammteigenthum allein, er bedarf dazu keinen Erwerbstitel, sondern da der eine Sammteigenthümer aus dem Wege ist, den er nicht ausschließen, und der ihn nicht ausschließen konnte, so tritt er eben damit ins solidarische" (solitarische, denn ein solidarisches soll er ja schon gehabt haben) [2]) „Eigenthum ein, nicht aus einer Erbfolge, sondern Kraft des Sammteigenthumsrechts, Kraft dessen er wie vorher so auch jetzt, alle andere Personen davon ausschließet."

---

hier und nicht im umgekehrten Fall, nämlich nach der Natur der Sache, darüber erklärt er sich nicht.

2) Es ist unbegreiflich, wie Sherer im §. 111, wo die eben angeführte Stelle wiederholt wird, mit dürren Worten sagen konnte, daß ihm nun erst ein „dominium in solidum" zustehe. Was in aller Welt kann denn jenes unzertheilte Eigenthum von dem er so oft spricht, anderes seyn? Im 2ten Theil heißt es auch immer solitarisches Eigenthum. Glaubte er denn, daß die beiden Dinge einerley wären? Fast sollte man demnach denken, daß meine oben geäußerte Vermuthung, solidarisches Eigenthum sey im ersten Theil ein Druckfehler, ein gutmüthiger Irrthum gewesen sey.

Th. I. S. 188: „Er ist nun der einzige Sammteigenthümer, weil der aus dem Wege ist, der ihn am Alleineigenthum hinderte, er ist der alleinige Herr" (einziges Subject) „des gesammten Vermögens, oder, wenn man so reden will," (so muß man nicht reden, wenn man den Satz des Verfassers annimmt) „alleiniger Erbe des mit ihm im Sammteigenthum gesessenen nun verstorbenen Ehegatten; eben so wie ihm alle Eigenthumsrechte des lebenden Ehegatten zustünden, eben so stehen ihm dieselben nun auch nach dessen Tode zu u. s. w."

Th. I. S. 216: „Der Todte überträgt seinen Anspruch auf das unzertrennte Sammteigenthum dem andern, der gleichen Anspruch darauf hat, und setzt ihn ipso iure in Besitz, oder noch eigentlicher" (also eigentlich war das vorige schon gesprochen), „der letztlebende, der schon Sammteigenthümer des sammteigenthümlichen Vermögens ist, bedarf keiner Antretung desselben mehr, sondern der Verstorbene tritt nur aus u. s. w."

Th. I. S. 226: „wo nichts zu erben vorhanden ist, da kann auch keine Erbfolge eintreten."

Th. I. S. 261. §. 106: „Nach dem Absterben des einen Sammteigenthümers, behält, weil die-

ser nun sein Sammteigenthum mit dem andern nicht mehr ausüben kann, der Letztlebende solches allein bey, und übt es nun allein aus."

Sehr richtig bemerkt dagegen Danz [4]) bey Gelegenheit des Gesammteigenthums: „so wie die Anverwandten, der Ehegatte u. s. w. in den unabgesonderten Theil (partem indivisam) einer gemeinschaftlichen Sache succediren können; so ist auch kein Grund vorhanden, warum sie nicht in das volle Gesammteigenthumsrecht eines abgegangenen Gesammteigenthümers succediren, und also die Mitgemeiner von der Succession ausschließen sollten." Sherer und alle, die mit ihm den Begrif eines condominii in solidum inter conjuges aufstellen, nehmen ja an, daß jeder dasselbe Recht für sich als besonderes Rechtssubject habe: es sollen zwey Subjecte von Einem Recht seyn. Nun ist bekanntlich grade mein Erbe derjenige, der in alle meine Rechte und Verbindlichkeiten eintritt, und mich als Berechtigten und Verpflichteten überhaupt fortsetzt. Heres cum defuncto unam personam

4) A. a. O. B. II. S. 499. Auffallend ist es aber, daß derselbe nachher aus seinem, freylich von ihm selbst nicht verstandenen, Begrif von ehelicher G. G., welcher sich noch vielweniger damit verträgt, dasselbe deducirt, wie wir nachher noch näher sehen werden.

sustinet. In Hinsicht aller nicht rein persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten wird es angesehen, als wenn das Subject derselben nie aufgehört habe zu existiren. Hier ist nun aber von einem Vermögen, einer Activ= und Passivmasse, wie Sherer selbst sich ausdrückt, die Rede, die dem Verstorbenen ganz zustand, warum soll denn in diese der gesetzliche Erbe nicht succediren? Ja dem Ueberlebenden gehörte dieß Vermögen auch zu, und er schloß alle anderen aus. Wohl, aber er schloß den Verstorbenen nicht aus, und eben darum kann er auch seinen Erben nicht ausschließen, da dieser in alle dessen Rechte tritt, der Verstorbene aber grade seines Rechtes wegen nicht ausgeschlossen werden konnte [5]). Allein der Ueberlebende war ja doch bey Lebzeiten durch den Verstorbenen in der Ausübung beschränkt, nun er todt ist, muß die Beschränkung aufhören. Ich würde sagen, er war nicht bloß durch ihn beschränkt, sondern sein Recht war gleich Null, weil der andere es auch haben sollte. Jetzt will ich aber einmal annehmen, daß er bloß in der Ausübung durch ihn beschränkt oder gehindert war, so kam doch diese Beschränkung wohl nur daher, weil der andere das Recht dazu hatte. Nun ist aber das Recht, die Veräußerung der eigenthümlichen Sache zu hindern, doch auch wohl

---

5) Vergl. ~~unten~~ oben §. 13.

ein Recht, welches den Eigenthümer beschränkt, und nur derjenige, welchem das Recht zusteht, kann ihm diesen Zwang auflegen; wer wird aber daran zweifeln, daß dieser seine Befugniß auf seine Erben transmittirt. Wenn Sherer aber, wie schon angeführt worden, vorgiebt, der Verstorbene habe in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens gar nichts eigenes während der Ehe gehabt, so weiß er selbst nicht was er will. Offenbar verwechselt er allein haben mit zu eigen haben. So verwandt nun auch diese Begriffe sind, und so oft sie im gemeinen Leben verwechselt werden, weil ich das, was mein eigen seyn soll, wie erwiesen worden, durchaus allein haben muß, so ist doch grade Sherer mit seiner Parthey es, der dieß leugnet, und daher jene Begriffe sorgfältig trennen müßte.

§. 20.

Wie will man es denn aber erklären, daß nach mehreren deutschen Statuten und Gewohnheiten der nachlebende Ehegatte alle Verwandten des Verstorbenen ausschließt, die übrigen aber den Ehegatten neben der Succession des Verwandten, einen Theil des von jenem hinterlassenen, oder ihm doch ehemals allein zuständig gewesenen Vermögens zugestehen, und zwar unter Umständen, in welchen das Justinianeische Recht von keiner successio coniugis etwas weiß? Wir antworten: erst beweiset

doch, daß sich dergleichen aus dem Wesen der ehelichen G. G., so wie ihr es festzustellen dachtet, ableiten läßt, dann wollen wir sehen, ob nicht andre rationes legis vorzuziehen sind. Ein Theilrecht ließe sich allerdings, wenn man einmal jene solidarische Berechtigung mehrerer zugegeben hat, daraus herleiten, aber so, daß bis zur Zeit der Theilung die Gütergemeinschaft auf eben die Art, wie sie zwischen den beiden Ehegatten war, zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen fortdaure, aber ein Einschreiten des Ueberlebenden in das solitarische Eigenthum, wie ihr die Gewinnung des ganzen Vermögens nennt, unmöglich! Uebrigens läßt es sich doch auch gar nicht einsehen, warum nicht eben so natürlich eine gesetzliche Succession deutscher Ehegatten, aus einer von den alten Deutschen dunkel gedachten, aber innig und geistig empfundenen Verbindung der Ehegatten erklärt werden dürfe. Wozu braucht es eines so monstreusen Gemeinschaftsbegrifs? Erben doch Blutsverwandten ohne alle Gemeinschaft des Vermögens, und ist denn dieses Band weniger mystisch? Niemand, der römisches Recht kennt, wird behaupten wollen, daß cognatio nothwendig erstes fundamentum succedendi seyn müsse. Wir können daher mit Recht von den Gegnern den Beweis verlangen, nicht allein, daß sich das Recht des Ehegatten auf das hinterlassene Vermögen aus der

ehelichen G. G. ableiten lasse, sondern daß die Verfasser der Statuten, worin es vorgeschrieben worden, es wirklich daraus abgeleitet haben. Mir scheint es schon auf den ersten Anblick natürlicher, beides, eheliche Gütergemeinschaft und die deutsche Succession der Ehegatten als zwei Nebenwirkungen Einer Ursache, nämlich jener den Römern, wenigstens in den spätern Zeiten, fremden Idee von der engsten geistigen Verbindung zwischen Mann und Frau anzusehen [1]). Wir werden unten darauf zurückkommen.

1) So sieht es an die Schaumburgische Policey-Ordnung Cap. 14. (Sherer Th. I. S. 200.), welche den Gebrauch, daß der Nachlebende dem Verstorbenen nach beendigter kinderloser Ehe in allen seinen Gütern succedire, durch Präjudicate des Cammergerichts rechtfertigt, und hinzusetzt: „sonsten auch billig, daß Eheleute, so ein Fleisch und ein Leib geworden, und in höchster Pflicht, Treue und Freundschaft einander verknüpft, und in gesamter Mühe, Sorge und Arbeit stehen, an den nachgelassenen Gütern Ergötzlichkeit haben''; nicht anders das Würtembergische Landrecht Th. III. tit. 16: „Wenn ein zu testiren befugtes Ehegemächt, durch testamentliche Verordnung ihme Erben einsetzen will, soll es das ander Ehegemächt von seiner Verlassenschaft ohne gnugsame — Ursachen auszuschließen, nicht Macht haben, sondern dasselb — von ehelicher Pflichten, Liebe und Treue wegen, mit Verschaffung des dritten Theils von demjenigen, so es ab intestato von dem Verstorbenen eigenthümlich zu erben hätte, zu bedenken schuldig seyn." Daß auch Rath und Bürgerschaft zu Verden im Jahre 1729 nicht dafür hielten, daß die Succession des Ueber-

§. 21.

Schon aus dem Vorhergehenden ergiebt es sich, daß Continuation der in der Ehe zwischen den Ehegatten Statt gefundenen G. G. sich nicht allein sehr wohl mit jenem falschen Begrif von G. G. verträgt, sondern sogar nothwendig aus ihm hervorgeht, wenn nicht dem Ueberlebenden durch Gesetz oder Vertrag alles zugesichert ist, oder auf diese Weise a momento mortis bis zur reellen Theilung ideelle Theile festgesetzt worden [1]). Der Erbe des

lebenden aus der G. G. folge, sieht man aus dem von *Pufendorf* observ. iur. univ. T. I. obs. 86. §. 21. angeführten Protocoll v. 21. May 1729. Die Bürger-Aeltesten hatten vorgestellt, „daß auch unbeerbte Eheleute hiesiger Bürgerschaft einander succediren und beerben, nicht weniger eine Gemeinschaft der Güter unter ihnen seyn müßte," und es wurde beschlossen, daß die pro successione coniugum civium Verdensium, etiam improlium, *inter illosque communione bonorum* angeführte argumenta für gegründet zu halten, mithin solche *successio et communio bonorum* inter coniuges cives Verdenses etiam improles damit außer allen Zweifel und wieder festgestellet." Succession und G. G. sollten als zwey verschiedne Dinge mit einander Statt finden. Hätte man geglaubt, daß jene aus dieser hervorgehe, so hätte man beide durch ein: daher, oder eine ähnliche Partikel verknüpft, und sicher nicht die Succession immer vor der G. G. genannt.

1) Es versteht sich, daß dieß tacite dadurch geschieht, wenn die Ehe zur conditio sine qua non gemacht worden, was aber keinesweges nothwendig daraus folgt, daß sie erst mit der Ehe anfängt. Gegen diese Wahrheit haben die meisten gefehlt.

Verstorbenen hat, so wie sein Vorgänger, das ganze Vermögen, aber nicht allein, sondern der Ueberlebende hat es auch ganz; [2]) daß beide nach einem gewissen Zeitverlauf Theilung verlangen können, ist etwas besonderes, bis zur Theilung bleibt dasselbe Verhältniß. Nichts kann uns daher nöthigen, diese Continuation mit Sherer, Danz und den übrigen, aus dem römischen Repräsentationsrecht abzuleiten, und so erst Unsinn hineinzubringen. Denn grundfalsch ist der auch von Danz und andern behauptete Satz, daß Gütergemeinschaft, was man auch darunter denkt, mit der Ehe nothwendig verknüpft sey. Eine eheliche, das heißt eine in der Ehe und zwischen Ehegatten Statt findende kann die continuirte G. G. freylich nicht seyn, und kein Gesetzgeber kann uns zwingen, etwas in der Ehe zu denken, was außer derselben vorhanden ist. Aber kein verständiger Grund kann auch dem Gesetzgeber so die Hände binden, daß er nicht grade dieselbe Gemeinschaft an demselben Vermögen, welche in der Ehe zwischen den Ehegatten durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführt worden ist, zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern, und, wenn jener stirbt, zwischen diesen unter sich sollte festsetzen können. Den Beweis

---

2) Daß kein Statut oder Gewohnheitsrecht dieß jemals allgemein festgesetzt hat, beweist grade rückwärts, daß jener Grundbegrif unbrauchbar sey.

möchte ich sehen, daß einzig und allein Ehe sich als Grund eines Sammtvermögens denke lasse. Nur der Ausdruck: die eheliche G. G. dauert fort, ist streng genommen, unrichtig, aber nichts hindert uns, diesen zu vermeiden. Der Vernunft ist hier ihr Recht geschehen, nur die Grammatik hatte sich zu beschweren [3]).

---

3) Hiernach lassen sich denn auch die von Klöntrup Beyträge zu einer nöthigen Revision der Lehre von der G. d. G. Abschn. 5. §. 1. u. Abschn. 6. §. 5. gegen die Existenz einer fortgesetzten G. G. gemachten Einwendungen leicht heben. Von dem „erbärmlichen Behelf einer fictio iuris" kann hier nun gar nicht mehr die Rede seyn, und daß die gesetzliche G. G. nicht auf einer stillschweigenden Vereinbarung beruhe, wird unten §. 22. bewiesen werden. Der letzte Einwand zeigt aber, zu welchen Resultaten die alte Theorie vom tacitus consensus führt. Darin muß er aber Recht behalten, daß man es nicht präsumiren oder als gemeines Recht aufstellen könne, daß, wenn Kinder vorhanden, die G. G. zwischen diesen und dem Letztlebenden fortgesetzt werde. Wahr ist es auch, was er in §. 7. desselben Abschn. behauptet, daß aus der Abschichtung nicht auf Prorogation geschlossen werden könne, denn diese kann eben so gut römische communio voraussetzen, schief aber sein in not b) vom römischen Pflichttheil hergenommener Grund. Endlich ist es sehr richtig, wenn er S. 252. bemerkt, daß das Princip, welches die Anwendung des Repräsentationsrechts hier nach Böhmer und andern mit sich führe: alles wird gemein, was, wenn der Vorverstorbene noch lebte, gemein geworden wäre, damit nicht bestehen könne, daß auch alles, was den Kindern während der Communio bonorum prorogata anfällt, ihr besonderes Gut bleibe. Dennoch haben neuere Statute

§. 22.

Eine ähnliche Bewandtniß hat es auch mit den meisten übrigen von Sherer vorgegebenen Beschränkungen

jene falsche Doctrin in ihrer ganzen Inconsequenz offenbar zum Grunde gelegt, z. B.

die Lippische Verordnung v. J. 1776. §. 16. (Sherer Th. I. S. 345): „Sind hingegen — abgefunden sind." §. 19. (Sherer Th. I. S. 398): „Alles, was der längstlebende — verlebt wird."

Klöntrup's Einwürfe hätten um so mehr die Aufmerksamkeit der folgenden Schriftsteller verdient, als mehrere Statute schon vor dem Termin der Theilung zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern ideelle Theile entstehen lassen, womit denn sowohl nach der bisherigen als nach meiner Theorie keine deutsche G. G. überall bestehen kann. Sherer freilich hat dieses gar nicht beachtet, und räumt sogar Th. I. S. 359 dem Nachlebenden während der communio prorogata das Recht ein, über seinen Antheil zu testiren, wenn nur „der ganze Antheil, auf den die Kinder durch das Repräsentationsrecht einen Anspruch hätten," ungekränkt bliebe, als ob sich dieses mit einem solidarischen Miteigenthume, worin er doch den Charakter aller Gütergemeinschaft setzt, vereinigen ließe. Allein gegen die wahre Communio prorogata (das Wort kann uns nicht irren) beweist dieß dennoch so wenig, als es gegen die eheliche Gütergemeinschaft beweist, daß, wie unten im §. 25. not. 1) wird gezeigt werden, nach einigen Statuten während der Ehe eine römische communio Statt findet. Es kann nicht unzweckmäßig seyn, hier einige Beyspiele von einer solchen communio mit ideellen Theilen zwischen dem Nachlebenden und den Kindern zu liefern.

Verdener Statuten (aus einem M. S. bey Pufendorf obs. iur. univ. T. I. append. p. 88), Statut. 32. Rubr.: „Ein Mann de Lives Erven hefft, mag sin Part Gudes

des Urbegrifs; da diese Untersuchung uns unserm Zwecke nicht näher bringen würde, so wollen wir es dem Leser

---

vergesen weme he will." — „So welk Man Erven hefft, de mag by sinem sunden Live, oder in sinem Süke bedde weggeven sinen Deel, de ehme tho boren mag van alle sinem Gude wor he wil. Is he ock sünder Kinder, so mag he alle sin Gutt, dat he mit sinem Arbeide verwurfen hefft, geven weme he will." Wörtlich gleichlautend ist das

Bremische Stadtrecht Stat. 10. (*Pufendorf* T. II. app. p. 39.) (die Worte: „von alle sinem Gude," zeigen deutlich, daß hier nicht von dem Fall, da die Theilung schon geschehen, die Rede sey.)

Verordnung des Haderslerschen Landgerichts v. J. 1583 Th. III. tit. 17. (*Pufendorf* T. I. app. pag. 45): „Von der Kinder Theil und was die Eheleute einer den andern erben." — „Alsbald Eheleut in dem Ehestandt beysammen kommen, werden ihre Güter unter ihnen gemein, ungeacht die Güter, so sie zusammen bringen, ungleich seyn. Derowegen wan ein Mann seine Haußfrauwe mit Tode abgehet, behelt er das halbe Guth, und den andern Theil Guts erben die Kinder. Da nun der Vater sich nicht wiederum befreyet, mag er mit den Kindern in ungetheilten Gütern, indem er die unvermindert behält, besitzen bleiben, wenn er aber zur andern Ehe schreitet" u. s. w.

Solmsisches Landrecht Th. II. tit. 28. Weren aber eheliche Kinder, so sie beyde Eheleuth mit einander gezeugt hetten, vorhanden, alsdann sollen denselben die leggende vätterliche oder mütterliche Güter zum Eygenthumb gentzlich, und die fahrend Hab zum halben Theyl, auch eygenthumblich, und der ander Theyl dem letztlebenden anererbt und verfallen seyn.

Endlich gilt dieses nach dem alten Lübschen Recht, in welchem sich eine Stelle befindet,

überlassen, sie weiter zu verfolgen. Gelegentlich werden jedoch unten noch einige Punkte davon berührt werden.

---

woraus es offenbar hervorgeht. Da dieses Statut eines der ältesten ist, und von dem Einfluß des römischen Rechts am wenigsten empfunden hat, so scheint es mir zweckmäßig, einige Bemerkungen darüber voranzuschicken. Sherer hat dieses Recht mit großem Leichtsinn behandelt; bald führt er eine Stelle allein aus dem Coder von 1240, bald allein aus dem Segebergischen, bald allein aus dem bey Westphal monum. inedit. befindlichen lateinischen Coder an, wenn auch ähnliche Stellen in allen stehen, so daß sich eine verständige Wahl und Ausschließung gar nicht begreifen läßt, man aber ungefähr vermuthen kann, nach welcher Methode er compilirt haben mag. Einmal macht er sogar einen Coder, der gar nicht existirt, nämlich Th. I, S. 411, wo eine Stelle aus dem Coder von 1240 unter der Rubrik: accessiones ad Iustitias Lubecenses A. 1170, angeführt ist; diese Ueberschrift steht nämlich bey Westphal eine Seite früher, als die Ueberschrift des Coder von 1240. Bey solcher Flüchtigkeit und gänzlichem Mangel an aller Uebersicht des Ganzen konnte er denn auch Th. I. S. 111 ohne Beweis die Behauptung aufstellen, daß in Lübeck bey kinderloser Ehe particuläre G. G. gelte. Dieß kann aber weder nach dem revidirten, noch konnte es nach dem alten Recht gelten. Nach dem letzteren ist, wenn Kinder existiren, allgemeine G. G. unter den Ehegatten, welches daraus zu schließen ist, daß in diesem Fall das beiderseitige Eingebrachte für die Schuld haftet,

Cod. 1240. art. 162. – – „Wert oc de man vorvluchtich dor schult, unde hebbet se Kindere to samene, he unde sin wif, is de schult witlic, men schal gelden *van al deme gude, dat se beyde hebbet*,“ (von den drey Codices hinter *Brokes* observ. sel., die im Sinne, so wie der Cod. Segeb. Art. 128., hier völlig übereinstimmen, hat der erste Art. 162.: „dat se

Wie wenn nun aber positive Rechte jenen logisch falschen Grundbegrif ausdrücklich sanctionirt, und aus demselben

---

tho samende hebben.") „it si erve oder Kopschat."
und nach dem Tode des einen Ehegatten, das Ganze zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern getheilt wird, und zwar nicht, wie Sherer Th. I. S. 411 meint, und wie erst das revidirte Lübsche Recht es verfügt hat, zur Hälfte, sondern nach Köpfen.

Cod. 1240. Art. 5 und 6.: „Stervet eneme manne sin wif, und so wanne de schichten schal," (Codd. Brokes. I. Art. 5.: "de Mann schal schichten," II. 29. III. 69.: „wen den de Man schichten wil mit den (sinen) Kindern," Cod. Segeb. 1254. Art. 4. „unnd bevelth em dat gudt to delende mit den kinderen") „mit sinen Kinderen, he schal to voren ut nemen sin Harnasch, unde sine schapene Kledere," (Cod. Segeb. l. c. „sine besten kleder") „*so wat dar boven is, dat schal men al gelicke schichten mit sinen Kinderen.*" (Cod. Brokes. II. Art. 29.: „dat schall he licke deelen mit den Kinderen." Cod. Segeberg.: „dat scal me to like delene mith denn kinderen.") „Stervet oc ener Vruwen er man, und boret ere to schichtende mit eren Kinderen de Vruwe nemet to voren ere hanttruwe, it si en vingerin, oder en brece, *wat so den dar boven gudes is*, dat si an schapenen clederen unde an ingedome, *dat schal se al gelicke schichten mit eren Kindern.*" (Cod. Brok. III. „dat sal licke delet werden mit den kindern.") Iustitia Lubecensis (Westphal S. 623): „De substantia dividenda. Si Vir et Mulier pariter habent liberos et alter praemoriatur, substantia *aeque dividatur* inter superstitem et liberos, si nupserit superstes. Codex civitati Dantiscanae communicatus A. 1266." (Dreier vermischte Abhandlungen S. 447): „Si vir et mulier habent liberos et alteruter praemoritur, substantia *dividetur inter superstitem et liberos*, si nupserit superstes."

Folgesätze deducirt haben, was dann? die Antwort ist nicht schwer. Den falschen Begrif kann uns der Gesetz-

---

Der Sprachgebrauch sowohl (vergl. z. B. Cod. 1240. Art. 167., und wegen der Aehnlichkeit des römischen Sprachgebrauchs L. 13. pr. de hereedib. instituend. XXVIII. 5.), als ein bekannter Gerichtsgebrauch an allen den Orten, wo das alte Lübsche Recht noch gilt, streiten dafür, daß in diesen Stellen von einer Kopftheilung die Rede sey. Dieß ist alles ganz anders, wenn keine Kinder vorhanden sind. Die Frau haftet dann mit ihrem Eingebrachten nicht für die Schuld des Mannes, und nur bloß in einem Paar singulärer Fälle, von denen der erste gar nicht mehr vorkommen kann, muß sie ihn mit ihrem Gute, versteht sich in subsidium, lösen.

Cod. 1240. Art. 162.: „So war man unde wif an echtschap gut to samene hebbet, is dat deme man not an leget, dat men ene dor schult to egene schal geven, oder in openen orloge vangen wert in den heyden oder anderswor (Cod. Segeb. Art. 128.: „offte apenbar ordell anliggende were"), „den schal men ledegen mit al so daneme gude alse se to samene hebbet, it si der Vruwen medegift, oder we gedan gut se hebbet, dar schal men ene mede losen." Nun folgen die oben angeführten Worte des Artikels, und dann: „ne hebbet aver se nene kinder to samene, unde is de man vorvluchtig, so nimt se ere medegift to voren ut, *van deme anderen gelt men*" (die unterstrichenen Worte fehlen nur allein im Cod. Brokes. III. Art. 80.) „it ne si also dat se mede hebbe gelovet, van deme mot se mede gelden."

Cod. 1240. Art. 198.: „Nimt en man ene husfruwen to echte unde sterft de man cortlike dar na dat he bi der Vruwen nen Kind hevet" (Codd. Brokes. I. „hefft," II. „habde," III. „hebbe"), „unde was de man gelt schuldich er he dhe Vruwen nam, dat ne schal der Vruwen nicht hinderen, *men ne schole ere gencelike weder gheven al dat se to deme manne*

geber nie aufdringen, denn er kann uns nicht zwingen, undenkbares zu denken. Nur negativen Einfluß kann die

---

brachte, dar na scal men *van sime gode* gelden umme dat got, dat der den over lept schal et gan, alse stades recht to wiset."

Sodann wird bey der Theilung zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen das Eingebrachte der Frau immer für sich allein, und alles übrige Gut als besonderes Gut des Mannes (vergl. hier in der zuletzt angeführten Stelle die Worte: van sime gode) betrachtet, so daß also natürlicher Weise, wenn auch das Statut diesen Fall übersieht, das während der Ehe der Frau Angefallene mit zu ihrem Eingebrachten gerechnet wird. Weder also das Eingebrachte, in diesem weitern Sinne, noch die Errungenschaft, die dem Manne gehört, sind gemeinschaftlich, also ist nichts gemeinschaftlich.

Cod. 1240. Art. 14.: „Stervet eneme Manne sin wif, und hebben se nene Kindere to samene, de man schal wederkeren der Vruwen negesten erven dat halve del des Gudes, dat he mit der fruwen genomen hevet.'" (Der Cod. Brokes. III. fügt Art. 84. noch die auch in den beiden andern Codices fehlenden Worte hinzu: „sin Gudt averst, dat he thovoren hedde und noch verworfen heft mit der Frouwen, dat darf he mit eren Erven nicht delen"). „To licker wis stervet ener fruwen er man, und de nene Kindere to gadere hebben, de Vruwe nemet so gedan gut, ut to voren al so se to ereme manne hevet gebracht, of it dar is, *so wat dar gudes boven is*, dat scal se gelicke schichten mit des mannes erven." Der Cod. Segeberg. ist im Sinne völlig gleichlautend.

Instit. Lub. (Westphal S. 623): „Si Mulieri moritur vir eius et liberos pariter non habuerint" (Cod. civit. Dant. comm. Dreier S. 447: „habuerit") „ipsa accipiat" (C. C. D.: „excipiet") „universas facultates, cum quibus ad consortium viri declinavit. Dividet autem cum proximis heredibus viri, quidquid su-

Aufstellung jenes Begrifs haben, nämlich dahin, daß, wenn in dem Gesetz von Gütergemeinschaft die Rede ist,

---

persuerit facultatum. Si vero Mulier sua moritur et si pariter liberos non habuerint, vir refundere tenetur proximis Heredibus mulieris medietatem substancie quam cum muliere acceperat."

Hieher gehört auch noch:

Cod. 1240. Art. 63.: „De twe echte wif nimt. Nimt jenech man hir en echte wif, de anders war en echte Wif hevet und de geloten hevet, wert he des vorwunnen he schal dat wedden unde beteren mit sinem höghesten" (statt der letzten Worte hat der Cod. Brok. I. Art. 64.: „he schal der lesten vortyghen, unde he schal sines vortygen," womit auch die beiden andern Codices und der Cod. Kilon. übereinstimmen, auch wird dort am Ende des Art. die Strafe ganz anders bestimmt), „unde se scal nemen to vordele *al dat gut dat se to eme ghebracht;* vortmehr scal se nemen de helfte *des mannes gudes"* (Statt der folgenden Worte kommt in jenen andern Css. nun die Strafbestimmung); „des ghelyk scal dat recht gan mit ener vruwen de vorwunnen wert mit twen echten mannen."

Die Stelle nun, worauf es hier vorzüglich ankommt, und die ideelle Theilung gleich nach dem Tode des Vorverstorbenen beweist, ist:

Cod. 1240. Art. 12.: „So war en Vruwe und en Mann to samene hebbet Kindere, und er en vore stervet, it si de man, oder dat Wif, all so gedan gut, also dar blivet, dat schal men schichten, twischen deme de dar blivet, und den Kinderen, in der were, stervet oc der Kinderen en, *dat ervet sin deel up de anderen Kindere de in der were sint, to licker delinge,* se sin junc oder alt." (Die folgenden Worte heißen im Cod. Brok. I. Art. 12. so: „stervet ock over der kindere eyn ane erven, idt ervet wedder in de were upp de anderen, also vaste, also de uthgesundert synt." Der Cod. Brok. II. hat: „stervet ock der Kinder ein, dat afgesunderget is, ane Erve,

man dem Gesetzgeber nicht den rechten Begrif davon zutrauen, also auch nichts daraus herleiten darf. Was nun

---

dat ervet wedder an de anderen Kinder, de in der Were sind" ꝛc., womit der Cod. III. übereinstimmt.) „Stervet ock der Kindere en, dat ut gesunderet is, ane erve, it ervet weder an de were, up de andere, also vaste de utgesunderet sin, also vaste de in der were sin. Sterven oc se algemeine, det erve hort to den negesten erven."

Cod. Segeberg. Art. 100.: „Wor ein man unde frouwe kinder to hope hebben unde erer ein vorstervet ydt sy man offte wiff welck ere de dat leventh beholth von den beiden myth den kinderen sodane gudth dar denne na blifft dat hort deme manne offte der vruwen myth den kinderen stervet der kinder ein dewile vader offte moder yn dem samenden settet sin andell gudes blyfft by den anderen kinderenn so verne alse de vader offte moder myth den kinderenn dat gudth gesitteth hebbenn sterven ock de kinder alle so verne de olderenn vorstarven so nemet de negestenn erve dat gudth na stades Rechte."

Iustit. Lubec. (Westphal S. 623): „De Substantia dividenda. Si Vir et Mulier pariter habent liberos, et alter praemoriatur, substancia aeque dividatur inter superstitem et liberos, si nupserit superstes. Si vero non nupserit, *manebit cum pueris*, et si qui liberorum moritur hereditabit alteri, liberorum scilicet, et proportionabiliter divident sive sint senes sive iuvenes, et si singuli decesserint, hereditas spectat ad proximos heredes ipsorum." (Fast wörtlich gleichlautend ist der Danziger Codex.)

Man sieht deutlich, daß wenn ein noch nicht abgetheiltes Kind stirbt, sein Antheil am während der Ehe gemeinschaftlich gewesenen Gut, verhältnißmäßig auf seine Geschwister in der Wehre fallen soll, welches aber nicht denkbar wäre, wenn das Gut in der Idee nicht schon bey seinem Tode getheilt war. Wichtigen Einfluß hat dieß auch auf den

die an sich denkbaren Folgerungen betrift, die etwan in einem Statut daraus hergeleitet sind, so haben diese allerdings für sich vim legis, gesetzt sie wären auch aus den einzelnen im Begrif sich widersprechenden Merkmalen irrig abgezogen. Eben so gilt auch, was aus diesen Folgesätzen weiter gefolgert werden kann. Aus dem Begrif selbst aber und seinen Merkmalen kann der Jurist

---

Fall, da unabgetheilte Kinder voriger Ehen in eine neue hinübergezogen werden. Vergl. Cod. Brokes. II. Art. 55.: „Wor ein Man unde Wiff tho hope kamen in Echteschopp, und hebben se twierhande Kinder, und er Gudt is tho samende ungescheden, storve ein von den Olderen, idt were Man, offte Wiff, de Schuld schall men gelden von dem menen Gude, vortmer de Brudtlacht, effte Brudtlachts kleder darff nicht gelden van der ersten Kinder Gude." (Der Cod. III. Art. 89. ist übereinstimmend; im Cod. I. so wenig als im Cod. 1240. und im Segeberg. Cod. findet sich diese Stelle, vergl. aber Cod. Segeb. Art. 225.)

Das revidirte Lübische Recht ist hier überall sehr abweichend. In Lib. II. tit. 2. Art. 6. heißt es:

„Wenn ein Mann oder Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihres eins, es sey Mann oder Weib, welches überbleibet, das theilet das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert seyn: Verstürbet nun der Kinder eines, mit welchen die Eltern dermassen getheilet, ehe und zuvorn die Kinder unter sich selbst getheilet hätten, so vererbet dasselbe sein Theil auf die andere, welche mit ihme im gesammten Gute gesessen, zu gleichen Theilen, wes Alters sie auch seyn, jung oder alt: *Hätten sich die Eltern aber nicht abgetheilt von den Kindern, so verfället das Gut auf die Eltern, so noch im Leben.*" — Die unterstrichenen Endworte liefern aber doch denselben Beweis.

keinen positiv gültigen Satz herleiten, der nicht namentlich in dem Gesetze vorgeschrieben ist. Auch grundlose Behauptungen kann der Gesetzgeber zu Gesetzen erheben. Wir dürfen aber keine analoge Sätze ohne Grund aufstellen [1]).

§. 23.

Ehe ich zur Aufstellung meiner Theorie übergehe, wird es nicht undienlich seyn, noch ein paar Worte über Sherer's Satz: daß die G. G. als naturale in dem Ehevertrag enthalten sey, mithin im Zweifel, d. h. wenn nicht erwiesen ist, daß positives Recht darin eine Aenderung

---

1) Daß das falsche Princip nie durch eine Rechtsgewohnheit herrschend geworden, kann man mit Zuverlässigkeit versprechen, denn der natürliche Verstand macht nicht solche Fehler gegen die Logik, ungeachtet er von dieser nichts weiß. Daß die alten Statute aus dem 13ten und 14ten Jahrhundert ebenfalls nichts vom dominio plurium in solidum wissen, dafür repondire ich auch. Nur muß man die Worte nicht pressen. Jene Verfertiger der Statuten waren häufig, und besonders hier, wo ein sehr subtiler dunkel empfundener Begrif zu verdeutlichen war, mit den Worten verlegen. Wenige neuere haben sich vernehmlich dafür erklärt, z. B. die Lippische Verordnung von 1786. §. 8. (Sherer Th. I. S. 129.) und §. 16. (Sherer Th. I. S. 345.) Das Schlackenwalder Stadtrecht drückt sich darüber so aus: „sobald sie beide ehelich beygelegen seyn, soll der Mann des Weibes Guts ein Herr, und wiederumb das Weib des Mannes Guts ein Fraue seyn," jedoch ist auch dieser Spruch nichts weniger als deutlich.

gemacht hat, zwischen Ehegatten angenommen werden müsse [1]). Hätte Scherer die Folgen dieser Meinung consequent verfolgt, so wäre er auf noch frappantere Resultate gekommen. Unstreitig würde daraus folgen:

> daß für die allgemeine und, wo diese erwiesener Maaßen nicht Statt finde, doch für die allgemeinere G. G. die Vermuthung streite, und alle particuläre G. G. als singuläres Recht zu betrachten sey. Denn wenn auch einer Präsumption für das Daseyn der ehelichen G. G. überhaupt das römische Recht, als widerstreitende Norm in Deutschland entgegensteht, so würde doch, wo G. G. eingeführt ist, anzunehmen seyn, daß sie aus der Natur des Ehevertrages hervorgegangen sey, und sie daher im Zweifel in dem ganzen Umfange genommen werden müsse, wie sie tacite in dem Ehevertrage enthalten wäre.

Diesen Schluß hat Scherer aber nicht gemacht, und sich überall nirgends über die Frage, ob die allgemeine, oder die particulaire G. G. zu präsumiren sey, deutlich erklärt. Naturalia eines bestimmten Vertrages können nur dadurch entstehen, daß entweder

---

1) Nach Th. I. S. 4. soll sie zunächst im Begrif, nach S. 185. in dem reinen Begrif des ehelichen Bundes liegen; darnach wäre sie gar ein essentiale der Ehe.

1) positive Vorschriften gewisse Präsumptionen dabey festsetzen. Dann macht es nichts aus, wenn ohne diese Vorschriften nach der Natur des Vertrages die Präsumption nicht Statt gefunden hätte, oder

2) nach dem Sinn des Vertrages die Absicht der Contrahenten, daß dieses oder jenes unter ihnen gelten solle, zu vermuthen ist.

Nur das zweyte kommt hier in Betracht, weshalb wir denn jetzt auf dem Felde der Interpretation stehen. Die Absicht der Contrahenten läßt sich auf mancherley Art ausmitteln, unstreitig auch dadurch, daß man nach dem Zweck des Vertrages im allgemeinen fragt. Dieser ist nun nach Sherer beym Ehevertrage kein andrer als der, daß durch die Ehe die innigste Verbindung zwischen zwey Personen verschiednen Geschlechts entstehe, alle Lasten, alle Vortheile, alle Schicksale, alle Freuden, alle Leiden, alle Kräfte sollen gemeinschaftlich werden. Diese Verbindung, meint er, ist nur dadurch zu realisiren, daß auch das Vermögen gemeinschaftlich wird; der Schluß hieraus versteht sich von selbst. Wenn ihm dieß nun aber jemand grade ableugnet, wie will er es beweisen? Beyschlaf, überhaupt ausschließliche Vertraulichkeit gewisser Art, Zusammenleben, dieß sind Dinge, die sich von der Ehe nicht füglich wegdenken lassen. Ich gebe zu, daß diese mit einer gewissen Gemeinschaft des Vermögens

und der Schicksale verbunden seyn müssen. Aber warum soll diese und zwar nicht bloß indirect, sondern direct Gemeinschaft alles Vermögens, aller Vortheile, aller Nachtheile seyn? weil die möglichst innige Verbindung der Geschlechter nur so denkbar ist. Warum soll denn aber diese möglichst innige Verbindung als Absicht der Partheyen vermuthet werden? weil sie die sittlichste und heiligste ist. Gegen die vorletzte Behauptung ließe sich gar vieles einwenden, z. B. daß die engste Verbindung doch wohl die geistigste ist, daß es dieser aber, wenigstens im cultivirten Zustande, nicht selten hinderlich seyn wird, wenn nichts mehr aus freyer Liebe mitzutheilen, sondern alles schon von Rechts wegen mitgetheilt ist [2]). Aber wie kommen wir denn in der Rechtswissenschaft zu der Präsumption, daß bey Verträgen die sittlichste Absicht, die Absicht der Contrahenten sey? die Regel: quisque praesumitur bonus, kann doch nur den negativen Sinn haben: niemand wird ohne Noth für einen Frevler gehalten, positiv verstanden: jeder ist im Zweifel für durch und durch sittlich zu halten, würde sie eine Absurdität involviren. Nur zu oft hat man

---

2) Die über die Wünschenswürdigkeit der G. G. unter Eheleuten im französischen Staatsrath vorgefallenen Discussionen zeigen, daß sich hier überall nicht so unbedingt absprechen läßt.

den vermuthlichen Zweck der contrahirenden Personen mit dem Zweck des Gesetzgebers bey Einführung der Ehe verwechselt. Immerhin mag man diesem den sittlichsten Zweck zutrauen, so ist doch alle Erfahrung dagegen, daß sich heut zu Tage das Volk so hohe Dinge von der Ehe verspreche [3]), oder es gar dazu für nöthig halten sollte, alle Selbstständigkeit, welche ein abgesondertes Vermögen giebt, im Verhältnisse zu seinem

3) Diesem widerspricht es nicht, daß ich oben die Succession deutscher Ehegatten aus der Idee einer innigen Verbindung, einer geistigen Verwandtschaft ableite, denn

1) entstand jene Succession zu einer Zeit, wo jene Idee noch herrschend war.

2) habe ich nicht zugegeben, daß Gemeinschaft des Vermögens, man mag jene Idee so weit treiben als man will, damit nothwendig verknüpft gedacht werden muß.

3) bringt es eine viel engere irdische Verbindung hervor, wenn das Vermögen schon bey Lebzeiten dem andern mitgehört, als wenn es ihm erst nach meinem Tode zufällt.

4) habe ich nicht gesagt, daß die Succession der Ehegatten daraus hergeleitet werden müsse, sondern daß sie mit Wahrscheinlichkeit daraus erklärt werden könne.

5) setze ich jene Idee nur bey dem Gesetzgeber voraus, und schließe nicht etwa daraus, daß sich auch ohne positive Bestimmungen hierüber, im Zweifel bey jedem, welcher eine Ehe eingeht, die Absicht voraussetzen lasse, daß er seinem Mitcontrahenten um ihres glücklichen Ehebundes willen nach seinem Tode seinen ganzen Nachlaß zuwenden wolle; ich schließe bloß daraus, daß ein andrer willkührlich angenommener Erklärungsgrund nicht der einzige mögliche sey.

Gatten aufzugeben. Was sich aber von der Menge nicht sagen läßt, das läßt sich auch von dem Einzelnen nicht als gewöhnlich vermuthen.

Wenn daher nun Sherer meint, daß die eheliche G. G. und ihr angebliches Surrogat, die portio statutaria, aus dem Ehevertrage abzuleiten sey — wie ließe sich dieß auch damit, daß sie oft erst nach der Geburt von Kindern, oder nach Verlauf einer bestimmten Zeit entsteht, vereinigen? — so ist er auf irrigem Wege. Entsteht G. G. mit der Ehe, so ist dieß nicht aus dem Ehevertrage, in so fern dieser sie nicht etwa speciell constituirt, zu erklären, sondern es rührt einzig und allein daher, weil die Gesetze mit der Ehe für den Fall, daß nichts anderes verabredet worden, die Entstehung der Gütergemeinschaft als conditio sine qua non verknüpft haben. Nicht als Ursache zur Wirkung, sondern als Bedingung zum Bedingten verhalten sich alsdann G. G., oder vielmehr Anfang derselben, und Ehe. Es ist mithin auch durchaus unrichtig, wenn Sherer [4]) glaubt, daß es keiner positiven Gesetze oder Verträge bedürfe, um die G. G. zu constituiren, sondern daß diese, wie er sich ausdrückt, durch die Natur eines

---

4) Th. I. S. 185.

glücklichen Ehebundes unentbehrlich würden [5]). Nicht weniger ungereimt ist es, wenn Danz Th. 6. §. 604. meint, daß der nächste Grund der gesetzlichen ehelichen G. G. stillschweigende wechselseitige Einwilligung beider Ehegatten sey, indem präsumirt werden müsse, daß Eheleute in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen, dem Institute der G. G., das in den Gesetzen, welche sie befolgen müssen, aufgenommen ist, sich unterworfen haben. Aber wie wenn sich nun gegen diese Präsumption erweisen ließe, daß sie die Absicht, sich dem Gesetze, das G. G. vorschreibt, nicht gehabt haben, ohne sich jedoch über das Gegentheil vertragen zu haben, z. B. sie standen beide über dasselbe in Irrthum, soll es darum weniger für sie gelten? und wenn das nicht, ist

5) Nachdrücklich sagt *Hoffmann* diss. de comm. bon. coni. natura atqu. indole §. 3. not. c: Non tantum otiosae, verum etiam captiosae sunt quaestiones, an communio illorum acquaestuum ex iure societatis, an ex natura ipsius matrimonii oritur? *Utrumque* negamus: Neque enim legibus sociorum se adstringunt matrimonium ineuntes, neque matrimonium *sua natura* talem communionem exigit, cum coniugium sine hac communione subsistat. Fundamentum *unicum* huius communionis sunt mores, consuetudines et iura recepta, *ex his* natura communionis examinanda est etc. Was von der Gemeinschaft der Errungenschaft gilt, muß um so mehr von der allgemeinen gelten.

denn die G. G. nicht **zunächst** durch das Gesetz begründet? Es ist doch wahrlich absurd, die Wirksamkeit gegebener Gesetze von irgend einer Einwilligung des dem Gesetze Untergebenen abhängig zu machen. Daß es viele Gesetze giebt, welche **selbst** ihre Bestimmung von der Bedingung abhängig machen, daß durch Vertrag nicht ein anderes ausgemacht worden, ändert ja gar nichts. Was gegen diese Meinung, welche schon Matthäi [6]) vertheidigte, G. L. **Böhmer** [7]) anführt, kann nicht die Probe halten. Seine Gründe sind

1) nicht die Auctorität des Gesetzes, sondern die Anwendbarkeit desselben auf den speciellen Fall wird durch den tacitus consensus begründet.

2) die Statute **erlauben** die eheliche G. G. nur, sie **befehlen** sie nicht.

ad 1) Die Auctorität eines Gesetzes in abstracto hängt schlechterdings von dessen Auctorität in concreto ab,

---

6) *Ant. Matthaei* Paroem. Belg. p. 84. Widersinnig, sagt er, ist es, sententiam statuti ex conventione contrahentium metiri, cum statuta non minus ac Leges per se firma esse debeant, non ex alieno arbitrio pendere. Uebrigens ist der im Text gerügte Irrthum sehr gemein, und nur wenige außer Matthäi haben sich dagegen aufgelehnt. Unter diesen wenigen aber auch *J. H. Böhmer* diss. de comm. aer. alien. int. coniug. Hamb. §. 16, der freilich viele aufwiegt.

7) Elect. I. C. T. II. exr. 17. §. 9.

d. h. es muß, so weit es gültig seyn soll, auf alle die Fälle angewandt werden können, welche unter seiner Vorschrift begriffen sind, und zwar einzig und allein darum, weil die Vorschrift vorhanden ist, nicht etwa darum, weil Unterthanen dieselbe sich gefallen lassen. Der unter dem Gesetz, welches eheliche G. G. vorschreibt, enthaltene Fall nun ist der, da die Ehe ohne ein der G. G. entgegenstehendes pactum eingegangen worden; tritt dieser ein, so wirkt das Gesetz, ohne daß es der Vermittelung eines taciti consensus, weder in die G. G. selbst, noch in die Wirksamkeit des Gesetzes in concreto, bedürfte, und ohne daß ein einseitiger dissensus etwas dagegen vermögte.

ad 2) Die Eintheilung in befehlende und erlaubende Gesetze ist wohl nach grade vergessen, oder sollte es doch seyn. Böhmer will aber wohl nur sagen, es sey kein absolut gebietendes Gesetz. Dieß beweist aber eben so wenig. Eben weil das Gesetz selbst nur den Fall trift, da kein contradicirender consensus vorhanden ist, macht ein harmonirender consensus nichts aus; nur eine widerstehende Uebereinkunft der Ehegatten liegt außer der Sphäre des Gesetzes, einseitiger dissensus sowohl, als feh-

lender consensus in die G. G. ohne jene Uebereinkunst liegt in der Sphäre desselben. Niemand wird behaupten wollen, daß die successio ab intestato darum auf dem Willen des Erblassers, welcher in die darüber vorhandenen Gesetze gewilligt, beruhe, weil er durch einen anderweitigen solenn erklärten Willen die Bestimmungen derselben hätte abändern können; die Fälle sind aber doch vollkommen analog.

Stellt man sich die Sache freylich so vor, wie Lauterbach [8]), und nach ihm Werner [9]), es zu verlangen scheint, nämlich daß das Gesetz den consensus societatis contrahendae (in Lauterbachs Sprache statt: Einwilligung in die G. G.) erst aus dem Ehecontract, wie den Feuerfunken aus dem Steine der Stahl, herausschlägt, und gradezu erfordert, daß im Fall nicht dagegen paciscirt worden, es immer so angesehen werden solle, als sey dafür paciscirt worden, also eine wahre praesumtio iuris et de iure constituirt, so müssen freylich auch alle Wirkungen eines solchen imaginären Vertrages eintreten. Sehr consequent wäre es

8) Disput. inaug. de societ. bonor. coniug. c. 2. §. 24.

9) Diss. de pactis dotal. sub form.: Hut bey Schleier und Schleier bey Hut §. 22.

dann, mit Lauterbach[10]) bey jeder G. G. eine Societät mit einigen Irregularitäten (irregularem, anomalam, impropriam et tacitam societatem) anzunehmen[11]). Allein eine so rein positive Verfügung sieht den römischen Cäsarn ähnlicher, als den Sammlern, besonders der ältern Statute, welche von Gewohnheitsrechten ausgiengen, von denen, nach einigem Nachdenken, sich niemand es wird aufheften lassen, daß sie dergleichen enthalten könnten. Viel wahrscheinlicher ist es, daß nach uralter Gewohnheit eheliche G. G. erst als absolutes Recht galt.[12]).

10) l. c. cap. 1. §. 2.

11) Den Beweis s. §. 59. Darin ist Lauterbach freylich auf jeden Fall von der Wahrheit gewichen, daß er diese Societät ein wahres römisches condominium mit partibus pro indiviso wirken läßt. S. die angeführte Abhandlung desselben c. 4. §. 23. c. 5. §. 11.

12) Westphal a. a. O. Von Eisenhart, der ein eignes Programm de natura et indole communionis bonorum inter coniuges tacite initae schrieb, (opusc. p. 290 etc.) ließ sich erwarten, daß er diesen Streitpunct erörtern würde, er hat ihn aber gar nicht berührt, dagegen führt ihn die Hypothese vom tacitus consensus zu der Ungereimtheit, daß er p. 294. behauptet, die anfängliche Einwilligung in die Vorschrift der die G. G. wollenden Statute wirke nur so lange, als die Ehegatten einem solchen unterworfen wären, durch Veränderung des Wohnorts gehe also auch die G. G. verloren, wenn das Statut des neuen Wohnorts sie nicht kenne, und die Fortsetzung nicht pacto expresso festgesetzt worden. Die wahre und ächte Bedeutung von pactum expressum und tacitum ist in dieser Theorie ganz untergegangen.

§. 24.

Jetzt fragt es sich vor allem, wie kommen wir denn dazu, einen richtigen Begrif von dieser Gütergemeinschaft, die man so häufig unter Ehegatten findet, zu bilden. Das sicherste wäre immer, jedes Gesetz, jedes Gewohnheitsrecht, das einen grade practisch oder theoretisch interessirte, zu befragen, wie es das Rechtsverhältniß zwischen Ehegatten in Hinsicht ihres Vermögens normire, und in welchem Sinne es eine Gütergemeinschaft annehme; dann käme man, wenn dieß mit gehöriger Gründlichkeit geschähe, sicher zu festen Resultaten. Allein die Wissenschaft des sogenannten deutschen Privatrechts soll hauptsächlich Einleitung in das Studium deutscher Particularrechte, besonders solcher seyn, in denen sich noch alte germanische Begriffe befinden, sie soll historisch erforschen, welche Grundbegriffe sich in jenen deutschen Particularrechten häufig vorfinden, sie soll diese so einfach als möglich aufstellen, und alles was in ihnen liegt, consequent und sorgfältig entwickeln. Da diese Begriffe in ihrer Allgemeinheit keine positive Gültigkeit haben, vielmehr diese erst im besondern dadurch erhalten, daß man sie in einem Statut u. s. w. nachweisen kann, so dürfen sie nur den allgemeinen Charakter der Denkbarkeit haben, und ihr Umfang und ihre Grenze werden durch die größere oder

geringere Zweckmäßigkeit zu jenem Studium bestimmt. Die interessantesten Folgesätze daraus machen daher mit ihnen größtentheils die Materie des deutschen Privatrechts aus; es ist aber nie zu vergessen, daß auch diese nur einen logischen Charakter haben, und in positiv-juristischer Hinsicht nur hypothetische Rechtssätze sind, d. h. nur in so fern gelten, als die Grundbegriffe, woraus sie gefolgert worden, in den einzelnen Particularrechten anzutreffen, zugleich aber nicht solche specielle Sätze darin aufgestellt sind, die ihnen selbst widerstreiten. Eine solche Bewandtniß hat es auch mit der Materie von der ehelichen G. G. im deutschen Privatrecht. Niemand wird heut zu Tage noch behaupten wollen, daß eheliche G. G. allgemeines Gesetz in Deutschland, auch nur in dem Sinne sey, daß sie im Abgang widerstreitender particulärer Bestimmungen angenommen werden müsse [1]). Es darf hier also nur hi-

---

1) In diesem Sinne behaupten es *I. H. Böhmer* diss. de commun. aer. al. int. coni. Hamb. §. 7, Lange eheliche G. G. Hauptst. 1. §. 10. u. a. m. Wenn man auch wirklich beweisen könnte, daß ehemals in Deutschland die deutsche G. G. allgemein Statt gefunden habe, und daß sie noch jetzt daselbst herrschend ist, so könnte daraus doch nur eine historische Wahrscheinlichkeit entstehen, welche nie an und für sich eine juristische Präsumtion hervorbringen kann. Es ist allerdings richtig, was Böhmer l. c. §. 9. sagt, daß man

storisch und philosophisch verfahren werden, so lange man nicht das Gebiet des d. P. R. verlassen will. Die drei Fragen kommen hier immer vor: was findet sich? wie ist dieß zu verstehen? was folgt aus dem verstandenen Begrif?

§. 25.

Die erste Frage ist am leichtesten zu beantworten, da die historische Grundlage hinlänglich gesichert scheint. Man weiß, daß der Ausdruck: Gütergemeinschaft, oder: eheliche G. G. nur selten, in den alten Statuten gar nicht, im Text des Gesetzes vorgefunden wird. Dadurch also, daß man zusieht, was gewöhnlich die Statuten unter dem Worte verstehen, läßt sich nichts ausmachen. Allein die Sache kommt häufig vor, und zwar immer so, daß ein Vermögen mehrerer Personen, besonders der Ehegatten, als Eine Masse (unum idemque patrimonium) betrachtet wird [1]). Die Güter der verschiedenen Personen wer-

---

nicht immer das deutsche Recht dem römischen, wie particuläres dem gemeinen entgegensetzen dürfe, allein jene iura Germaniae antiqua genuina können nicht als eigentliches gemeines Recht angesehen werden, da sie nur in so fern gelten, als sie noch an diesem oder jenem Orte durch particuläre Statuten oder Gewohnheiten sich erhalten haben.

1) Man wird mir die Beweise hiervon, so wie von den

den nicht mehr als abgesondert, sondern als Ein Vermögen betrachtet. Es ist kein gezweyet, sondern Ein Gut. Dieß hat man nun bisher so erklärt, daß jeder für sich als Rechtssubject des ganzen Vermögens oder Subject aller in demselben enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten angesehen wird. Wir haben gesehen, daß dieß undenkbar ist, es fragt sich also nun, wie ist denn jenes Zusammenschmelzen des vorher getrennten Vermögens möglich? Auf dreyfache Weise,

1) so, daß jede der Personen ideelle Theile des ganzen Vermögens erhält.

2) dadurch, daß eine der Personen von nun an als einziges Rechtssubject betrachtet wird.

3) so, daß mehrere physische Personen in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens nun als Eine juristische oder moralische Person angesehen werden.

Der erste Fall begreift nichts mehr und nichts weniger, als die römische communio, von der im deut-

folgenden in diesem §. vorkommenden historischen Sätzen gern schenken, da sie fast in jeder Schrift über eheliche G. G. angegeben sind, auch, wenig ältere ausgenommen, in allen darüber vollkommene Uebereinstimmung herrscht, und ich hier nur revidiren, nicht das oft wiederholte abschreiben wollte. Vergl. aber *Hombergk zu Vach* de C. B. inter coniuges nobiles atq. illustr. per German. exule §. 58. p. 71.

schen Privatrecht nicht die Rede seyn kann [2]). Auch ist es durch historische Beobachtungen ausgemacht, daß in deutschen Rechten oft von einem gemeinschaftlichen Vermögen im obigen Sinne ohne ideelle Theile die Rede sey.

---

2) Es ist gegen alles System, wenn Westphal deutsches Privatr. Th. 2. S. 19. die eheliche G. G. in eine solche eintheilt, welche ohne Theile ist, und eine solche, bey welcher jeder Ehegatte seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Vermögen hat. Die letztere gehört eigentlich gar nicht hieher, da es die Natur der römischen communio im Wesentlichen nicht verändern kann, daß sie unter Ehegatten Statt findet. Um nicht irre zu werden, muß man freylich erst wissen, wovon hier im deutschen Privatrecht die Rede ist, und um das Wort Gemeinschaft in ehelicher G. G. nicht mit communio im Sinne der Römer für gleichbedeutend zu halten. Könnte man es vermeiden, so sollte man nie Gemeinschaft communio und umgekehrt übersetzen; will man aber kein neues Wort erfinden, so muß man doch nicht vergessen, daß das römische Wort communio hier in einem unrömischen Sinne zu nehmen sey: dem deutschen Worte kann man durch den Zusatz: deutsche G. G. seinen Charakter geben. Durch den Gebrauch des Wortes communio in dieser Materie ist Lange ehel. G. G. §. 7. in die Verlegenheit gekommen, eine unter Ehegatten Statt findende römische communio, communio specialissima zu taufen, warum aber diese, wie er sagt, „schlechterdings nach denen Legibus de societate beurtheilt werden" müsse, sehe ich freylich nicht ein, da eine communio incidens sich ja sehr gut unter Ehegatten denken läßt, die Worte des cp. 50. x. de donat. int. vir. et ux. konnten auch eben so gut auf diese, als auf eine communio, cuius caussa est societas, gehen.

Der zweyte Fall tritt nach meiner Meinung bey der ehelichen Vormundschaft ein, und die Worte des Sachsenspiegels [3]: „Mann und Weib haben nicht gezweyet Gut zu ihrem Leibe," so wie auch die des Schwabenspiegels [4]: „Mann und Weib mugent nit gehaben Guth gezwaiet," sind so zu verstehen, daß der Mann während der Ehe vom Staate als derjenige betrachtet wird, der unter gewissen Einschränkungen über das ganze Vermögen zu disponiren hat als wäre es sein [5]. Daß sie, wie Danz [6]) meint, bloß von

---

3) B. I. Art. 31.

4) Cap. 46.

5) Im uneingeschränktesten Sinne war dieß bey den Römern, wenigstens in den ältesten Zeiten, wenn die Ehe durch Confarreation geschlossen war, der Fall. Hier ward bekanntlich die Frau als filiafamilias angesehen, und ihr Vermögen sowohl als ihre Person kam in manum mariti. Die so oft angeführten Worte des Columell. tit. 12.: ut nihil conspiceretur in domo dividuum, nihil quod, aut maritus aut uxor, sibi proprium esse diceret, sagen nichts weiter, als daß die Frau ein Recht hatte an allen den Gütern, von denen der Mann als einziger Eigenthümer, dem äußern Verhältniß nach, betrachtet wurde, Theil zu nehmen, so daß weder er noch sie im Verhältniß zu einander, und zwar im innern Verhältniß des Hauses sich etwas besonderes zueignen konnten. In dieß innere Verhältniß des Hauses mischte sich bekanntlich das bürgerliche Recht wenig, in jenen Zeiten gar nicht. Der paterfamilias war es, der das Hausrecht handhabte, dessen Ausübung mehr von Sitten als Gesetzen abhängig war. Die Ausdrücke: domina, socia rei humanae atq. divinae, coniuges participes om-

dem Nießbrauch des Mannes zu verstehen sey, ist entweder Wortstreit oder läßt sich auch nach dem natürlichen Sinn der angeführten Worte nicht rechtfertigen [7]. Dieß Verhältniß, welches in einer andern Materie des d. P. R., nämlich in der Lehre von der Curatel der Weiber zu erörtern ist, dauert nun aber natürlich nur so lange als die Ehe dauert, ist dieselbe

---

nis fortunae s. omnium bonorum im Dion. Halicarn. Antiq. Rom. l. 2. p. 26 und in einigen Pandectenstellen gehen vollends nur theils auf das Verhältniß der Frau zu den Sklaven, die sie als Herrin zu verehren hatten, theils auch auf den gemeinschaftlichen durch die Sitte unterstützten Gebrauch, und „aliud est promiscuus rerum coniugalium usus, aliud bonorum communio.“ *Werner* de pactis dotalib. sub formula: Hut bey Schleier etc. §. 22. Vergl. auch *Noodt* probabil. Lib. II. cp. 9. Eine G. G. unter Ehegatten im deutschen Sinne gab es also nie bey den Römern.

6) Th. VI. §. 603. S. 384.

7) Dieser Erklärung setzte sich schon *J. H. Böhmer* de commun. aer. alien. int. coni. Hamb. §. 4. entgegen, versteht die Worte aber von wahrer G. G. Dem ist es zwar nicht entgegen, daß bey der Theilung nach dem Sachsenspiegel das Eingebrachte des Ueberlebenden nicht zur Masse geschlagen wird, wie sich unten §. 39. zeigen wird. Allein aus jenen Worten folgt es nicht, und G. G. ist nicht zu präsumiren. Auch die von Böhmer l. c. aufgeführten Worte im Schwabenspiegel: „noch ein Mann ohne seines Weibes Willen,“ deuten an sich bloß auf ein eingeschränktes Dispositionsrecht des Ehevogts. Die Worte des Cap. 36: „Stirbt einer Frauen ihr Mann; sie bleibt in des Mannes Gut ungetheilt mit ihren Kindern,“ scheinen gegen die G. G. zu seyn, und für meine im Text geäußerte Meinung zu streiten.

beendigt, so wird immer darauf gesehen, was jeder Ehegatte besonders hatte. Es findet sich aber häufig in deutschen Gesetzen, daß auch nach dem Tode das Vermögen wieder als Eine Masse betrachtet wird, auch daß dieses ohne eine solche Curatel, selbst ohne väterliche Gewalt, woraus es sich vielleicht auf dieselbe Weise erklären ließe, auch ohne collegialische Verbindung, unter andern Personen, z. B. unter Geschwistern, Statt findet. Hier ist denn nur der dritte Fall möglich, und dieser ist, wenn er ohne collegialische Verbindung gedacht wird, denn das, was man im vorzüglichen Verstande deutsche Gütergemeinschaft zu nennen befugt ist.

§. 26.

Es ist Regel, daß eine jede physische Person, in so fern sie nicht, wie der römische Sklave, überall rechtlos ist, auch sowohl im Verhältniß zum Staat, als zu den übrigen Privaten, als besondre juristische oder moralische Person, d. h., als besondres Subject der ihr zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten zu betrachten sey, und es ist an und für sich niemand rechtlich genöthigt, zwey andere physische Personen, bloß darum, weil sie es wollen, als Ein Rechtssubject zu betrachten. Wer im Verhältniß zu mir berechtigt oder verpflichtet ist, mit dem habe ich es zu thun, mit keinem andern.

Es ist also immer etwas singuläres, und bedarf daher besonderer gesetzlicher Bestimmungen, wenn mehrere physische Personen als Eine Person im juristischen Sinne behandelt werden sollen. Der Römer — denn daß bey dem römischen condominium, wo jeder einen ideellen Theil des Rechts für sich allein hatte, nicht davon die Rede seyn konnte, versteht sich wohl von selbst — kannte es nur in einer collegialischen Verbindung, einer Commüne, einer zu einem immerwährenden Zweck verbundenen Gesellschaft, außerdem nicht [1]). Ist es nun erwiesen, daß der Deutsche es auch ohne jene Verbindung kannte, wie dieß nach dem obigen nicht zu bezweifeln seyn dürfte, so ergiebt sich, daß alles, was aus dem Begrif einer mystischen Person hervorgeht, und von dieser, ohne Rücksicht auf eine collegialische Verbindung, durch das römische Recht verordnet ist, da, wo deutsche Gütergemeinschaft gilt, so lange als Gesetz angesehen werden muß, bis eine entgegenstehende besondre Verfügung erwiesen ist. Es ist zwar natürlich, daß die

---

1) Nämlich, daß mehrere physische Personen eine juristische ausmachten, denn imaginäre juristische Personen, z. B. die Erbschaft bis zur Antretung, Tempel u. s. w., gab es bekanntlich noch sonst. Ich nehme aber hier der Kürze wegen das Kunstwort: juristische, moralische oder mystische Person in dem engern Sinne, da es jene imaginären Personen nicht mitbegreift.

Anwendung des römischen Rechts hier sehr mißlich und es leichter ist, aus der Natur der Sache zu raisonniren; allein da positives Recht, wo es sich noch ausmitteln läßt, anzuwenden ist, so darf man sich hier durch Schwierigkeiten nicht abschrecken lassen.

§. 27.

Deutsche G. G. im allgemeinen ist also dann vorhanden,

wenn mehrere physische Personen, welche keine Commüne ausmachen, als Ein Subject einer Summe von Rechten und Verbindlichkeiten betrachtet werden [1]).

1) Die in den alten Statuten öfters vorkommenden Bezeichnungen dieses Verhältnisses, nämlich: gesammte Hand, (z. B. Wiener Stadtrecht, Sherer Th. I. S. 310: — — „das alles das der vatter und die mutter tunt mit allen dem gutt das sie habent dieweil sie lebendt und auch mit gesambt hant mit verseczen verchauffen mit gescheft und mit gab da mygen sie vere chind angeirren;" alte Erfurter Statuten v. J. 1306 Art. 10., Sherer Th. I. S. 290: „Hätte ouch der man vor ein ander wib elich gehat bi der he andere Kint hette gehat. Die Kint sullen neme irre mutir gut zu vore ob daz da iz und daz gut daz ir vatir mit irre muter an gesammenbir hant irworbin hat," und Sherer Th. I. S. 101: „Wa ein man unde sin wib miteinandir hobin gut. daniite si mit gesammder hant mugen gegetu unde gelaze waz ir wille iz);" ferner: versamente Habe (z. B. Hessische Ge-

Schon Danz giebt eine hiermit im Wesentlichen übereinstimmende Definition, nur scheint er mir darin ge-

---

richtsordnung v. J. 1497, Lange von der G. G. S. 31: „Für versamente Haab soll verstanden und gehalten werden, alle die Haab und Güther, so beyde Eheleuth, die Leib an Leib und Gut an Gut geheurat haben, die Zeit ires ehelichen Beyschlafs zusamm bringen, und alles das, so sie in ihrer beyder ehelicher Versammung samptlich überkommen und gewinnen"); und im Gegensatz davon: Gebrochene Hand (z. B. Asberger Stadtrecht, Fischer teutsche Erbf. Th. II. S. 161, und Uracher Stadtrecht, Fischer S. 292: „Weren auch ligennde Guetter verkhaufft worden, Ehe es zu ainer gebrochen Haund khommen were, die dannocht zu dieser Zeit der gebrochen Hannd, alls noch nit bezalt weren, Was dann nach sollicher gebrochen Hannd dannocht ußstiende, daselb ist fahrende Haab, unnd auch nit verfanngen — Item seindt Schulden da, die vor der gebrochen Handt, von den Ehegemechten gemacht weren" rc.), Eine Hand und einhändiges Gut (z. B. Erbrecht in Statt und Ambt Herenberg, Fischer S. 207: Item so ein guett einhenndig ist worden, seindt dann mehr, dann ein Kind inn leben, denen das guett verfanngen ist" u. s. w.; der Stadt Lewenberg brauch, Recht und allt herkommen, Fischer S. 218: — — „Allßdann ist denselben Khindern alle ligende Güetter, auch Güllten, so das Abgestorben den Pliben Ehegemecht verlaßen, nicht ausgenommen, zue ainer Hannd gefallen" rc.) — sind, wenigstens für die Phantasie, sehr ausdrucksvoll, und meiner Theorie nicht ungünstig, einen stringenten Beweis möchten sie aber an sich so wenig dafür als dagegen abgeben können. Nur Ein Schriftsteller hat, so viel ich weiß, eine Widerlegung meiner Definition und des daraus hervorgehenden Princips anticipirt, nämlich Joh. Aegid. Klöntrup, Bey-

fehlt zu haben, daß er Unwesentliches und Folgerungen aus dem Begrif mit in die Definition gebracht hat. Seine Worte sind:

trag zu einer nöthigen (ja wohl nöthigen!) Revision der Lehre von der Gemeinsch. der Güter unter Eheleuten. Er läßt sich in §. 1. so vernehmen: „Ferner sind diejenigen Güter, welche einer Gesellschaft, als einer moralischen Person gehören, nicht gemein." Mit dem Beweise ist er bald und leicht fertig geworden. Er postulirt anfangs, daß unter Gemeinschaft ein ungetheiltes Recht, welches zweyen oder mehreren Personen an einer Sache zustehe, zu verstehen sey (heißt denn Gemeinschaft ein Recht?); da nun bey Gütern, die der moralischen Person gehören, die einzelnen Mitglieder nicht, sondern die Gesellschaft das Eigenthum haben, so können auch solche Güter nicht gemein seyn: id quod erat demonstrandum. Vermuthlich bloß, um diesen Cardinalgrund zu unterstützen, führt er gleich darauf an, daß die Gesellschaft Vereinigung zu einem gewissen Zweck allemal mit sich bringe, die zusammengebrachten Güter aber immer (wo steht das geschrieben?) ein Eigenthum des Einzelnen, und nur Gebrauch und erwachsenden Vortheil gemein werden lasse. Auch habe Ulpian in L. 31. pro Socio zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft unterschieden. Aber ist denn societas und universitas so wenig verschieden, daß man beide nur mit einem gemeinschaftlichen Namen: Gesellschaft zu maskiren braucht, um von einer auf die andre schliessen zu dürfen? Wie konnte Klontrup, der §. 3. es anerkennt, daß es in Rücksicht der G. G. unter Eheleuten kein gemeines Recht gebe, und daß selbst das Wort Gemeinschaft der Güter, wegen Verschiedenheit der Statuten, keine bestimmte allgemeine Bedeutung habe, dennoch von einer solchen allgemeinen grammatischen Bedeutung des Wortes ausgehen, und wie konnte er es übersehen, daß das Wort ge-

„Die eheliche G. G. ist die unter Ehegatten, in Hinsicht auf die Ehe, eintretende Gesellschaft, vermöge deren beiden Eheleuten, als einer moralischen Person, an dem gegenseitig in die Ehe gebrachten oder während derselben erworbenen Vermögen ein ausschließliches, ungetheiltes Eigenthum zukommt."

Da wir unter Gesellschaft im juristischen Sinn gewöhnlich societas verstehen, diese aber, wie wir gleich sehen werden, mit der deutschen G. G. nichts zu thun hat, so hätte dieser Ausdruck vermieden werden müssen. Sodann gehört das Wort Eigenthum gar nicht hinein, da, wie oben dargethan worden, es im eigentlichen Sinne (und uneigentliche Ausdrücke soll man in der Wissenschaft vermeiden,) kein Eigenthum und überhaupt kein Recht über das Vermögen hinaus giebt. Noch fehlerhafter ist das Wort ausschließliches, da es

mein in Gemeine, gemeine Weide, gemeines Wesen, gemeines Gut (bonum reipublicae, wie *Mevius* ad art. 9. tit. 1. lib. 2. I. L. es übersetzt), grade die von ihm verworfene Bedeutung hat? S. auch *Haltaus* gloss. verb. gemeine — allgemeine, Brem. niederſ. Wörterb. v. gemeen — Meente. Wie wenig er sich treu blieb — es stand zu erwarten — sieht man aus §. 3., wo die Behauptung steht: „Wenn die Gemeinschaft sich, wie gewöhnlich, auf die während der Ehe erworbenen Güter einschränkt, da setzt sie freylich eine Art von Gesellschaft voraus."

schon in der Natur eines jeden Rechts liegt, daß es ausschließend sey. Ferner kann sich Danz bey dem Worte „ungetheiltes" nichts anderes gedacht haben, als daß die in dem Vermögen begriffenen Rechte und Verbindlichkeiten beiden Ehegatten zusammen ungetheilt zustehen, dieß folgt aber, wie sich gleich zeigen wird, grade daraus, daß beide in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens als ein Rechtssubject angesehen werden, es liegt also schon als nothwendige Folge in den Worten: „als einer moralischen Person," und gehörte mithin nicht in die Definition. Noch ferner soll hier ja nicht die allgemeine oder die besondere eheliche G. G., sondern die eheliche G. G. überhaupt definirt werden, wozu denn die alternativ ausgedrückte Bestimmung: „an dem gegenseitig in die Ehe gebrachten oder während derselben erworbenen Vermögen?" Die allgemeine G. G. ist Gemeinschaft des zugebrachten und während der Ehe hinzukommenden Vermögens, die particuläre kann Gemeinschaft eines Theils des zugebrachten und hinzukommenden Vermögens, es kann aber auch Gemeinschaft eines Theils von einem von beiden seyn. Eheliche G. G. ist immer vorhanden, wenn beide Eheleute in Hinsicht irgend eines Vermögens als Eine moralische Person angesehen werden. Endlich ist es auch

schon unmethodisch, wenn man zuerst die eheliche G. G. definirt. Dadurch wird man nur verführt, die sogenannte continuirte G. G. nachher als Anomalie und als irreguläre Abweichung von dem Grundbegrif anzusehen. Wir finden die Existenz einer mystischen Person ohne collegialische Verbindung, nach deutschen Gesetzen in und außer der Ehe. Was hindert uns denn, erst den Begrif von deutscher G. G. festzusetzen, und alsdann zu fragen, unter welchen Umständen tritt sie ein? Hier würde dann die Eintheilung in eheliche und außereheliche G. G. zweckmäßig, und die historische Bemerkung nothwendig seyn, daß sie gewöhnlich in der Ehe, sonst aber auch noch unter Umständen angetroffen werde, die an und für sich [2]) eine vorhergehende Ehe voraussetzten. Das Wort ehelich muß erst zu dem schon bestimmten Hauptbegrif der deutschen G. G. als Prädicat hinzukommen, sonst kommen wir in Versu-

2) Wenn der Ueberlebende mit den Kindern oder diese allein in ungetheilten Gütern sitzen, so setzt dieß freylich eine Ehe, woraus diese Kinder geboren worden, voraus, keinesweges darf aber darum die vorher Statt gefundene Ehe als Grund (nur als Veranlassung) der jetzt nach Endigung derselben eintretenden G. G. angesehen werden. Denn diese ist nicht Resultat der während der Ehe bestandenen G. G., und auch diese letztere ist nicht Wirkung der Ehe, sondern des Gesetzes oder Vertrags, welche sie mit der Ehe verknüpften.

chung, Nebenbegriffe einander als Unter- und Oberbegrif unterordnen zu wollen, und wenn das mit den Gesetzen nicht zu vereinigen ist, so klagen wir über Inconsequenzen, geben alle Schuld den Zudringlichkeiten der fremden Rechte, und waschen unsre Hände in Unschuld.

§. 28.

Hätte Danz seinen Satz, daß bey der ehelichen G. G. eine moralische oder, um bestimmter zu reden, da ganz eigentlich eine jede physische nicht rechtlose Person in juristischer Hinsicht eine moralische ist, eine mystische vorhanden sey, deutlich gedacht, und mit den Auflösungen zusammengehalten, die das römische Recht und die Natur der Sache darüber geben, so würde er wirklich dadurch etwas gesetzt haben, so aber, da er, wie sich gleich zeigen wird, schon auf derselben Seite seines Buchs und späterhin noch oft mit den ersten Regeln über mystische Personen in Widerspruch geräth; so dürfte er wohl nur einen sinnleeren Begrif erfunden haben, der zufällig von ihm mit einem sinnvollen Worte [1]) verbunden wurde. Der allgemeinste Charakter

---

1) Aehnliche Ausdrücke finden sich jedoch schon bey früheren Schriftstellern. So sagt *Weyer* comm. bon. P. I. thes. 17. §. 2: ambo coniuges unam personam repraesentant, bleibt aber auch dem in den Worten enthaltenen Begrif nirgends getreu; *J. H. Böhmer* de commun. aer. alien. int. coni. H.

mystischer Personen ist offenbar der, daß hier mehrere physische Personen in juristischem Betracht nur Einen Willen haben, daß diese als Ein Rechtssubject [2]) betrachtet werden, oder, mit andern Worten, die vereinigte Willkühr aller das Subject der der mystischen Person zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten ist. Dar-

---

§. 25: coniuges pro una persona habentur, ohne damit eine juristische Bedeutung zu verknüpfen; *G. L. Böhmer* diss. de iur. et obl. coni. ex commun. bon. §. 12, der sich im Ausdruck am meisten, desto weniger aber in der Sache der Wahrheit näherte: Ceterum cum coniuges vi communionis bonorum universalis in adeo arctam communionem abeant, ut bona mariti cum uxore et huius cum illo communicentur, iisque ideo, *coniunctim sumtis* (Böhmer hatte selbst diese Worte unterstrichen) *unum idemque ius* intuitu omnium bonorum indivisorum competat: *coniuges coniunctim sumti unam personam repraesentare censentur. Iura* igitur, quae *intuitu bonorum* competunt; *aeque ac obligationes, quae ex bonis praestari possunt,* inter utrumque coniugem communia sunt, seu uterque coniux *ratione istorum iurium et obligationum unam personam repraesentat.* Man sollte doch denken, daß so deutliche Worte nicht unwirksam hätten bleiben können, sondern auf reine Resultate führen müssen. Aber man vergleiche nur §. 3, 9, 15. Selbst Lange, der sich doch so fest in die Materie vom solidarischen Eigenthum der Ehegatten eingesponnen hatte, bedient sich im Hauptst. 7. §. 2. des Ausdrucks: „weil sie intuitu bonorum eine Parson und in dieser Person den einzigen Herrn über ihre Güter vorstellen."

2) Ich gebrauche hier und in der Folge Rechtssubject für Subject von zuständigen Rechten und Verbindlichkeiten überhaupt, da am Ende doch Verbindlichkeit nur ein negatives Recht, d. h., Beschränkung der Willkühr ist.

aus folgt denn von selbst, daß die einzelnen physischen Personen in Hinsicht dieser Rechte und Verbindlichkeiten, und wenn man diese summirt denkt, des Vermögens der mystischen Person gar nicht als berechtigt oder verpflichtet angesehen werden. Die diese Bestimmung enthaltenden Stellen des römischen Rechts [3]) reden freylich alle nur von universitatibus, allein der Grund derselben liegt offenbar in dem Begrif einer mystischen Person, welcher freylich bey ihnen nur durch collegialische Verbindung realisirt werden konnte. Selbst daß der Wille der Majorität die mystische Person bey Collegien ausmacht, liegt nicht in der besondern Natur einer Verbindung zu einem immerwährenden Zweck, denn auch bey Vereinigungen zu vorübergehenden Zwecken läßt es sich denken. Auch ist, wie unten gezeigt werden soll, eine mystische Person ohne Stimmenmehrheit denkbar.

§. 29.

Gegen dieses unfehlbar richtige Princip, welches auch längst von mehreren [1]) zur Evidenz gebracht wor-

3) L. 7. §. 1. quod cuiusq. univers. nom. (3. 4.) L. 1. §. 15. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 6. §. 1. de rer. divis. (1. 8.) L. 10. §. 4. de in ius voc. (2. 4.)

1) Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. Landshut 1803. §. 20. Thibaut System §. 221. Jenaische A. L. Z. v. J. 1804. No. 241. u. m.

den, streitet beynahe Danz's ganze Abhandlung [2]). Auf derselben Seite, wo seine Definition steht, sagt er, der Begrif vom Miteigenthum könne hier nur mit grosser Vorsicht, und bloß dann, wenn letzteres im ächt germanischen Sinne genommen werde, zum Grunde gelegt werden; und was diesen ächt germanischen Sinn betrift, bezieht er sich auf den §. 263. seines Buchs. Dieß ist nun aber die oben im §. 19. angeführte Stelle, worin er behauptet, daß jeder der Gemeiner zugleich Eigenthümer und Nichteigenthümer sey. Was von dieser Behauptung an sich zu halten sey, ist oben a. a. O. auseinander gesetzt worden. Hier wird es gleich auf den ersten Blick einleuchten, daß sie mit dem Begrif einer mystischen Person sich nicht vereinigen lasse. Danz, am zuletzt a. O., setzt zur Erklärung hinzu:

„Denn das Recht eines jeden Einzelnen erstreckt sich auf die ganze Sache . . . aber dieses Rechtes auf die ganze Sache sind doch mehrere Individuen auf völlig gleiche Weise theilhaftig."

Bey der mystischen Person hat der Einzelne gar kein Recht, weder auf das Ganze noch auf einen Theil, und die Individuen sind desselben weder auf eine gleiche noch

2) Daß diese übrigens im Einzelnen manche haltbare Bemerkung enthält, werde ich nicht leugnen wollen.

ungleiche Weise theilhaftig. Danz hatte zu viel natürlichen Verstand, um sich in den herrschenden Begrif vom Gesammteigenthum, oder dem angeblich ächt germanischen Miteigenthum finden zu können, dieß bewog ihn, den Ausdruck moralische Person einzuschieben. Bey diesem Worte läßt sich doch etwas denken; allein der alte Begrif hatte doch in seinem Kopfe zu fest gewurzelt, als daß er sich desselben ganz hätte entschlagen können: lieber litt er Widersprüche, die er selbst daraus mit unbegreiflicher Blindheit folgerte, und legte einem von ihm gefundenen richtigen Worte wieder den alten falschen Begrif unter. So war denn aber auch gar nichts gewonnen. Denn unmöglich ist der Begrif einer mystischen Person mit jenem s. g. n. Urbegrif zu vereinigen. Bey diesem sollen mehrere Subjecte Eines Rechts seyn, bey jener machen die mehreren Ein Rechtssubject aus, dort soll es in Hinsicht des Eigenthümlichen im Vermögen mehrere Eigenthümer einer Sache geben, hier ist nur Ein Eigenthümer, nämlich die mystische Person. Mithin mußte Danz sein neues Wort fahren lassen, oder auch den alten Grundbegrif aufgeben.

§. 30.

Die erste nothwendige Folgerung nun aus dem von mir entwickelten Begrif der deutschen Gütergemeinschaft,

und wor ohne sich also diese gar nicht denken läßt, ist diese, daß die Rechte und Verbindlichkeiten unter den Individuen [1]) so wenig ideell als reell getheilt sind. Ein ursprünglich abgesondertes [2]) Vermögen wird dadurch Eine Vermögensmasse im strengsten Sinne, daß die Individuen in Hinsicht desselben nunmehr eine mystische Person ausmachen. Das Besondere liegt aber nicht darin, daß das gemeinschaftliche Vermögen aus lauter ungetheilten Rechten und Verbindlichkeiten bestehe [3]), denn es kann z. B. sehr oft vorkommen, daß der mystischen Person ein mit einer dritten Person, selbst mit einem der Individuen

1) So werde ich nach diesem die einzelnen in der mystischen Person enthaltenen physischen Personen mit einem kurzen Worte nennen.

2) Die Trennung braucht nicht reell gewesen zu seyn, denn wenn zwey Personen verschiedenen Geschlechts, die das römische Miteigenthum an einer Sache hatten, sich heirathen, und Gütergemeinschaft entsteht, so bewirkt diese in Hinsicht jener Sache bloß, daß die ideellen Theile nun zusammenschmelzen. Die Abgesondertheit kann, wie unten noch erörtert werden wird, auch darin bestanden haben, daß das ganze Vermögen vorher nur einem der Individuen gehörte. Auch der Fall ist nicht außer Acht zu lassen, da bey Entstehung der G. G. keiner der Gemeiner Vermögen hatte. Hier wird denn nur neuentstehendes Vermögen gemein.

3) In diesem Sinne würde auch jedes Vermögen jedes Einzelnen, in so weit nicht andere an dem Object desselben Antheil haben, eine einfache Gütermasse ausmachen, so gut, wie das Vermögen einer mystischen Person, welche, wie Thibaut System §. 218. vortrefflich bemerkt, eigentlich als Einzelner

als dritter Person, getheiltes Miteigenthum zustehe, da denn der ideelle Theil das gemeinschaftliche Recht ausmacht [4]); sondern es beruht darauf, daß die Individuen nun zusammen und als eine Person gedacht, das Vermögen haben, jeder für sich aber und als Glied der mystischen Person gedacht, gar keinen Antheil daran hat, mit kürzern Worten, daß die Masse nicht unter den Individuen getheilt ist.

§. 31.

Hieraus folgt weiter, daß die Individuen in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens einander im rechtlichen Sinne nicht beschränken. Das ganze Vermögen besteht aus einzelnen Rechten, Beschränkung in Hinsicht desselben heißt also nichts anderes, als Beschränkung in Hinsicht der darin enthaltenen Rechte. Beschränkung mehrerer Personen durch einander in Hinsicht eines Rechts als Ganzen läßt sich aber nicht anders denken, als dadurch, daß jeder einen Theil hat, oder doch die Ausübung hindern kann, tertium non datur. Nun hat

---

anzusehen ist. Allein das Wort Güter= oder Vermögensmasse erhält erst durch den Gegensatz einer vorhergehenden oder bevorstehenden Absonderung eine juridische Bedeutung.

4) L. 9. quod cuiusq. univ. nom. (3. 4.)

aber keines der Individuen Antheil an den Rechten, auch kann es die Ausübung des Rechts durch die mystische Person als Glied derselben nicht hindern, da es sich ihrem Willen, wenn dieser nur erst rechtmäßig ausgemittelt ist, nicht widersetzen darf. Daß besonders bey der ehelichen G. G. die Ehegatten, wenn sie vorher besonderes Vermögen hatten, durch die Entstehung der G. G. die ihnen vorher allein zuständigen Rechte nun nur gesammtlich erhalten, ist dem nicht entgegen, da dieß wohl eine Beschränkung ihrer Willkühr überhaupt seyn kann, aber doch nicht eine Beschränkung derjenigen Rechte ist, die sie zu dem gemeinschaftlichen Vermögen hergeben, denn diese verlieren sie ganz und gar, und zwar an die mystische Person, wovon sie ein Mitglied werden, ohne als besondre Rechtssubjecte nur den geringsten Antheil daran zu behalten. Ich kann in einem solchen Fall also eben so wenig sagen, daß mein Recht beschränkt werde, als der Verkäufer sagen kann, sein Eigenthum werde dadurch beschränkt, daß er seine Sache, die ihm vorher allein zugehört habe, an den Käufer veräußere.

Noch weniger aber ist hier Consolidation der Rechte durch das Ausfallen eines Gliedes der mystischen Person zum Vortheile der übrigen denkbar. Consolidation kommt im eigentlichen Sinn nur bey Rechten an einer fremden,

d. h. einer Andern eigenthümlichen Sache vor. [1]). Wenn ein solches Recht wegfällt, es mag dieses nun dadurch geschehen, daß der, dem das Recht zustand, es verliert oder aufgiebt, oder dadurch, daß derselbe Eigenthümer wird [2]); so tritt die Regel des Eigenthümers ein, daß ihm alle im Eigenthum enthaltenen Befugnisse zustehen, in sofern nicht ein Nichteigenthümer eine oder die andre derselben besonders in Anspruch nehmen kann (§. 12.). Keiner der Individuen kann aber als Eigenthümer einer Sache angesehen werden, deren Eigenthum zum gemeinschaftlichen Vermögen gehört, da einzig und allein die mystische Person Eigenthümer derselben ist, folglich kann auch ihm zum Vortheil keine Consolidation Statt finden. Das läßt sich freylich denken, daß die mystische Person ein Recht an einer Sache habe, die einem der Individuen qua tertiae personae eigenthümlich ist, und daß

---

1) Der Römer verstand wohl nur Zusammenfallen der getrennt gewesenen Proprietät und usus fructus darunter. §. 3. I. de usufr. (2. 4.). Wenigstens brauchte er es nicht von jeder Vervollständigung eines unvollständig gewesenen Rechts, L. 3. §. ult. de usufr. accr. (7. 2.), wo das ius accrescendi der Consolidation entgegengesetzt wird, da doch das Accresciren selbst die Beschränkung eines Rechts aufhebt.

2) Hier steht ihm nun das Recht schon als Eigenthümer zu. Nur ausnahmsweise und in besondrer Beziehung wird hier noch Eigenthum und Recht als getrennt gedacht. L. 3. §. ult. de usufr. accr.

durch das Aufhören dieses Rechts in der moralischen Person das Eigenthum des Individuums consolidirt werde, und umgekehrt, allein von diesen Fällen kann hier augenscheinlich nicht die Rede seyn. Will man aber auch ganz allgemein, wie es oft die Neueren thun, unter Consolidation jeden Fall verstehen, da die Beschränkung eines Rechts dadurch aufhört, daß das beschränkende Recht mit dem beschränkten in einer Person zusammentrift, so kann doch hier überall an Beschränkung nicht gedacht werden, denn beschränkt kann ich nur in Hinsicht eines Rechts seyn, das ich wirklich habe; die Individuen haben aber die zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Rechte gar nicht. Man müßte also annehmen, daß die mystische Person sich durch sich selbst beschränke, id quod absurdum.

§. 32.

Es ist oben erwiesen worden, daß Bestimmungen in deutschen Rechten vorhanden sind, die, ungeachtet collegialische Verbindung dabey wegfällt, ohne Annahme einer mystischen Person nicht begreiflich sind. Es dürfte aber dennoch die Möglichkeit hiervon bezweifelt werden. Da man einmal gewöhnt ist, sich mit den Römern eine so fein ersonnene Verbindung mehrerer Personen zu einer juristischen nicht ohne einen immerwährenden Zweck und

ohne ein zur Realisirung desselben gebildetes corpus zu denken, so wird man nur zu geneigt seyn, beides miteinander zu confundiren. Hierzu kommt die an sich sehr richtige Meinung, daß völlige Eintracht bey einer Mehrheit von Personen in der Regel undenkbar sey. Wie ist es denn nun, wird man fragen, grade in den Fällen, wo hauptsächlich die deutsche G. G. Statt findet, nämlich unter Ehegatten, möglich, daß ein einiger Wille das Rechtssubject sey, da keine Stimmenmehrheit hier denkbar ist, die Zwietracht der Ehegatten also die Wirksamkeit der mystischen Person sowohl als ihre Existenz — denn diese könnte keine andre seyn als der gemeinschaftliche Wille — immer suspendiren könnte? Vor der ersten Verwechselung mag einen jeden sein Scharfsinn bewahren. Nur darauf will ich aufmerksam machen, daß die in der Regel anzunehmende Unauflösbarkeit der ehelichen Verbindung mit einem immerwährenden Zwecke nahe verwandt ist. Gegen das zweyte ist zu erwiedern,

1) daß es kein wesentliches Erfoderniß bey einer moralischen Person ist, selbst wenn collegialische Verbindung Statt findet, daß in allen Angelegenheiten derselben ein einiger Wille jeder Zeit auszumitteln sey. Bey universitatibus tritt nicht selten der Fall ein, daß Stimmengleichheit entsteht, und es ist nicht immer bey jeder eine Einrichtung getroffen, daß eine

besondere Stimme das Uebergewicht auf die eine Schaale lege. Wenn im alten Rom in den comitiis curiatis Stimmengleichheit entstand, so wurde die Angelegenheit aufgeschoben, und die Präposition konnte bey einer neuen Versammlung wiederholt werden. Nur das ist erfoderlich, daß in der Regel Einheit erzeugt werden könne. Wenn daher nun auch in öffentlichen Angelegenheiten sich, selbst nicht in der Regel, Einigkeit aller Gemeindeglieder erwarten läßt, dadurch also, daß man diese auch nur in der Regel verlangte, bald Stokkung in allen Geschäften entstehen würde, eine so eingerichtete universitas mithin, wie der Verfasser der vorhin gedachten Recension in der Jen. A. L. Z.[1]) so treffend sagt, das Princip der Zerstörbarkeit in sich tragen würde, so würde dieß doch schlecht auf Ehegatten angewendet werden. Einmal ist hier die kleine Anzahl der zu vereinigenden Personen in Betracht zu ziehen, sodann sind die weit einfacheren Privatangelegenheiten an und für sich meistens so geartet, daß sich Uebereinstimmung darüber viel leichter erwarten läßt; ferner ist hier das gegenseitige, selbst eingebildete, Interesse des

---

1) Jahrg. 1804. No. 241.

Einzelnen lange nicht so oft und so schneidend von dem gemeinschaftlichen Wohl geschieden, als in Gemeindesachen; endlich sind die Folgen durchaus verschieden, wenn in Privat- und wenn in öffentlichen Angelegenheiten die Thätigkeit gehemmt wird: will es mit diesen nicht recht fort, so wirft sich jeder in seine Privatangelegenheiten hinein, und sorgt dafür, daß er nur stehe, wenn auch andere fallen, und so gehen die Vortheile des gemeinen Wesens verloren; kann dagegen in Privatsachen jemand ohne den Willen eines andern nichts thun, so bleibt ihm nichts übrig, als ihn zu gewinnen, und sich mit ihm zu vereinigen, wenn er nicht selbst am empfindlichsten dabey leiden will. Zu dem allen kommt nun noch, daß Liebe, gewöhnliche Ueberlegenheit des Mannes, und selbst die größere Verschlagenheit der Frauen, die Einigkeit unter den Ehegatten sehr erleichtern; da denn Herzens- und Geschlechtseinigkeit und das auf eignen Vortheil beruhende Bedürfniß der Einigkeit einander wechselsweise unterstützen und befördern werden. Mehr oder weniger gilt dieß aber von jeder engern Familienverbindung.

2) Läßt es sich hier füglich denken, daß die Administration oder ein Theil derselben, im Namen

der mystischen Person, einem der Individuen anvertraut sey [2]), ohne daß dieser darum als Herr des Vermögens, oder als Subject der darin enthaltenen Rechte anzusehen seyn dürfte. Administrirt doch auch der Vormund das Vermögen des Pupillen, ohne daß ihm dasselbe zusteht; warum sollte nicht auch dem Mann die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens von den Gesetzen ertheilt seyn können? Nur das ist erfoderlich, daß er angesehen werde, als handle er im Namen der mystischen Person, daß er solche Handlungen, die offenbar über die Verwaltung hinausgehen, und ein selbstständiges Recht in der Person des Ausübenden voraussetzen, z. B. Handlungen der bloßen Liberalität, nicht vornehmen darf, und daß er überall unter Aufsicht stehe, weil sonst die Ausübung der Befugnisse seiner Willkühr überlassen seyn würde, da

2) Ich glaube freylich nicht, daß dieses vom Manne zu präsumiren sey, und stimme Lange eh. G. G. Haupt. 7. §. 5. S. 71 darin bey, daß im Zweifel zu jeder Disposition über ein in deutscher Gemeinschaft befaßtes Vermögen Einwilligung beider Ehegatten erfoderlich sey. Dadurch aber, daß er in §. 6. dem Richter die Beurtheilung überläßt, ob auch die Frau zum dissensus vernünftigen Grund habe oder nicht, hebt er seine Sätze ohne Noth beynahe wieder auf, und sein Grund, „daß maliceen in den Rechten keine assistenz finden," ist fast erbärmlich.

er dann in effectu die Befugniß selbst haben würde. Gesetzt nun, der Mann ist nach dem Gesetz administrator, und handelt gegen die Pflicht eines rechtschaffenen Verwalters fremder Geschäfte, so kann die Frau zwar die Verletzung ihrer Rechte nicht in Anspruch nehmen, da sie nicht, sondern die mystische Person berechtigt ist, allein sie kann der Obrigkeit ihren dissensus anzeigen, und diese muß berechtigt seyn, der einseitigen Willkühr des Mannes Schranken zu setzen, da es schon in der Natur der Sache liegt, daß diese durch eine Aufsicht, welche keine andere als die obrigkeitliche seyn kann, gezügelt werde. Eine offenbar ruinirende, von der Frau ernstlich gemißbilligte Administration im Einzelnen ist hier zur Einmischung der Obrigkeit schon hinreichend, weil einseitige Willkühr hier überhaupt nicht zu statuiren ist. Sind beide Ehegatten im Verschwenden einig, so kann freylich die Obrigkeit sich nur in so weit einmischen, als sie überhaupt befugt ist, Verschwendern des eigenen Vermögens Einhalt zu thun. Da der Mann auch in Hinsicht des nicht zur Gemeinschaft gehörigen Vermögens der Frau so häufig nach deutschen Rechten Vormund derselben ist, und es in alten Zei-

ten in Deutschland gewiß in einem viel bedeutendern Sinne war, als er es gemeinhin jetzt nach der Praxis ist, so kann es uns nicht wundern, daß häufig nach Gewöhnheit oder Gesetz ihm eine gewisse Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens zusteht, die Frau aber einseitig nichts oder nur unbedeutendes vornehmen darf.

§. 33.

Nachdem nun der Begrif, wie ich glaube, gerechtfertigt, und die Bestandtheile entwickelt worden, werden sich die weiteren Folgerungen daraus ohne Verwirrung darstellen lassen. Da es aber keinesweges unsre Absicht ist, die Materie von der deutschen Gütergemeinschaft zu erschöpfen, vielmehr es nicht vergessen werden darf, daß nur ein Beytrag zu einer künftigen vollständigen Darstellung derselben geliefert werden sollte, so können nur einige der interessantesten Punkte herausgehoben, und einer kritischen Untersuchung, und wo es trift, neuen Bearbeitung unterworfen werden.

§. 34.

Zuförderst ist die Frage von besonderer Wichtigkeit: was entsteht, wenn die G. G. unter den Individuen aufhört, oder, was einerley ist, wenn dieselben aufhören,

in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens eine mystische Person auszumachen? Da die deutsche G. G. hauptsächlich unter Ehegatten vorkommt, so steht es uns frey, diese Frage mit beständiger Rücksicht auf die eheliche G. G. zu beantworten. Hier sind zwey Hauptfälle denkbar:

1) die eheliche G. G. hört auf, indem die Ehe fortdauert;

2) sie hört zugleich mit Trennung derselben auf. Diese kann nun geschehen

a) durch Scheidung,

b) durch den Tod eines Ehegatten.

Gewöhnlich pflegt man den letzten Fall unter 2) b) zuerst abzuhandeln, vermuthlich dadurch veranlaßt, daß die alten Statute fast nur diesen einer besondern Aufmerksamkeit gewürdigt haben. Wir werden, und, wie sich zeigen wird, nicht ohne Nutzen, der natürlichen Ordnung folgen.

§. 35.

Wenn Ehegatten durch Vertrag unter sich ausgemacht hätten, daß durch die Geburt des ersten Kindes die G. G. entstehen, durch den Tod aller Kinder bey ihren Lebzeiten wieder aufhören solle; was würde nun, bey dem Tode des letzten Kindes, für ein Rechtsverhältniß zwi-

schen den Ehegatten entstehen? Es kommt hier natürlich auf den Sinn des Vertrages an. Was sollen die Worte sagen: die G. G. soll wieder aufhören? Mich dünkt, im Zweifel nichts anderes, als, der vorige rechtliche Zustand soll wieder, so weit das möglich und den Rechten dritter Personen nicht zuwider ist, restituirt werden: was durch die Geburt eines Kindes gemeinschaftlich wurde, soll nun wieder besonderes Gut seyn. Wenn das vorige Rechtsverhältniß das contrarium des jetzigen involvirt, und dieses von den interessirten Theilen aufgehoben wird, so muß man nach der Natur des menschlichen Geistes im Zweifel annehmen, daß der alte Zustand hat, so weit es möglich war, wiederhergestellt werden sollen. Wenn ein schon erfüllter Kaufcontract von den Contrahenten noch aufgehoben wird, so hat dieß im Zweifel keinen andern Sinn, als daß ein jeder das wieder erhalten soll, was er vor Schließung des Handels hatte; wenn zwey Legatare, denen eine Sache, im römischen Sinn, gemeinschaftlich vermacht ist, sich dergestalt getheilt haben, daß der usufructus unter ihnen jährlich wechseln soll, und sie sich nun von neuem darüber vereinigen, daß dieser alternative usufructus aufhören solle, ohne jedoch eine andre Theilungsart festzusetzen, so kann dieß wieder keinen andern Sinn haben, als daß Proprietät sowohl als usufructus fürs

erste und bis zur anderweitigen Theilung wieder beiden pro parte indivisa, so wie vorher, zugehören solle. Auf gleiche Art verhält es sich mit dem Aufhören der communio bonorum int. coni. pactitia. Die Ehegatten wurden darüber einig, sie wollten die Güter nicht mehr jeder für sich, wie bisher, sondern als moralische Person zusammen besitzen, sie machten aber auch aus, daß im Fall ein gewisser Umstand einträte, sie keine moralische Person in Hinsicht dieser Güter mehr seyn wollten, mithin wollten sie dieselben wie vorher wieder für sich besitzen. Dieselbe Absicht aber, die hier bey den Partheyen vermuthet wird, muß auch bey dem Gesetzgeber, der eine gleiche Bestimmung machte, vermuthet werden, da die psychologischen Gründe hier dieselben sind. In dem Falle unter 1) erhalten also beide Ehegatten, so weit das physisch und rechtlich möglich, dasjenige wieder, was sie vor Entstehung der G. G. besonders besaßen; dasselbe gilt aber auch von dem Falle unter 2) a); denn Scheidung hebt die Ehe auf, diese ist aber bey der ehelichen G. G. conditio sine qua non, d. h. ein Thatumstand, mit dessen Aufhören auch die G. G. beendigt wird. Hier dringen sich uns aber zwey Fragen auf:

1) wie soll es gehalten werden, wenn eine communio collaborationis vorhanden ist? denn hier ist, da der Erwerb gleich anfangs auf die moralische Person

übergieng (denn keiner der Ehegatten konnte ja für sich erwerben), Herstellung eines vorigen Zustandes nicht möglich.

2) wie sind bey vorhanden gewesener G. G. die Strafen anzuwenden, welche in den Gesetzen demjenigen angedroht sind, welcher die Ehescheidung allein verschuldete?

§. 35. a.

Was die erste Frage betrift, so wird es niemand in Zweifel ziehen wollen, daß das gemeinschaftlich erworbene Vermögen unter den Ehegatten zu theilen sey. Da nun bey jeder Theilung Gleichheit der Concurrenz zu präsumiren ist [1]), so ist die Frage dahin zu beantworten: jeder erhält im Zweifel die Hälfte. Diejenigen Gründe, weswegen bey der Societät, nach Verhältniß der Zuschüsse getheilt wird, können hier keine Anwendung finden, da bey jener die Antheile durch die Zuschüsse gleich anfangs bestimmt werden, bey der communio collaborationis aber gar nicht existiren, und erst nach Aufhören derselben entstehen. Gesetzt der eine Ehegatte hätte nichts eingebracht, und zum gemeinschaftlichen Erwerb nichts thun können, so würde nach dem Gesetz dennoch das Er-

---

1) Jen. A. L. Z. l. c. pag. 56. in f.

worbene gemeinschaftlich geworden, folglich jetzt zu theilen seyn. Das nähere weiter unten.

§. 36.

Auf die zweyte Frage hat sich Sherer bey dieser ganzen Untersuchung allein beschränkt, und ist um so leichter damit fertig geworden, da er §. 297. alle Ehetrennungsursachen in diesem Betracht über einen Kamm scheert, und sie, wenn böser Wille des einen Theils bey ihnen zum Grunde liegen sollte, dem Ehebruche gleich stellt. Er scheint es ganz übersehen zu haben, daß dieser letztere in den Gesetzen hier ausgezeichnet worden ist. Als Princip stellt er den Satz auf: der schuldige Ehegatte wird in Hinsicht des unschuldigen für bürgerlich todt gehalten. Diesen Satz hat schon Leyser [1]), welcher aber keineswegs, wie Sherer, behauptet, daß hierin das römische und das deutsche Recht übereinstimmen. Er sagt deutlich: Quae cum ita sint, in iis locis, in quibus coniugi ex defuncti bonis *plus, quam leges Romanae ex partis adulterae bonis tribuunt*, soluto matrimonio obvenit, regula facienda est, — ut scilicet adulter adulterave pro mortuis reputentur etc. Die von Sherer angeführten L. 65. §. 12. pro soc. und L. 21. quib. mod. usufr. reden auch mit keiner Sylbe

1) Meditat. ad Pand. spec. 579. medit. 6.

hiervon. Die älteren Germanisten, welche jenen Satz erfanden, deducirten ihn aus dem allgemeineren, daß dem Unschuldigen durch die Scheidung kein Vortheil entzogen werden, dem Schuldigen keiner daraus erwachsen dürfe. Da nämlich die portio statutaria jedem Ehegatten nach dem Tode des andern suo iure gebühre, ihm auch nicht durch ein Testament von diesem entzogen werden könne, so würde der unschuldige Ehegatte durch die Scheidung eine ihm sonst nicht zu entziehende Hofnung verlieren, der schuldige aber eine freyere Disposition über sein Vermögen gewinnen, wenn man nicht annehmen wollte, daß ersterer gleich bey der Scheidung das erhalten müsse, was ihm ohne Scheidung erst nach dem Tode des letztern zufallen würde. Das ganze Raisonnement scheint mir auf falschen Prämissen zu beruhen. Durch den Ehebruch des einen erhält der andere Ehegatte das Recht, die Ehe zu trennen; dieß Recht ist ihm durch das Gesetz gegeben. Es steht in seiner Willkühr, ob er davon Gebrauch machen will. Wenn ihm daher ein die Fortdauer der Ehe voraussetzender Vortheil durch die Trennung derselben entgeht, so mag er mit sich zu Rathe gehen, ob er lieber ein ehebrecherisches Weib behalten, oder den zeitlichen Vortheil missen will [2]). Wer willkührlich ein Rechtsverhältniß

---

2) Ich gebe es zu, daß die Gesetze ihn dieser Alternative entheben, oder, wie es wirklich in unserm Falle geschehen ist,

aufhebt, kann sich nicht beklagen, wenn daraus für ihn bittere Folgen entstehen, gesetzt auch, daß das Vergehen des andern Theils ihn zu dieser Aufhebung berechtigte. Daß auch die Römer dieß so ansahen, und nicht etwann dem Manne die dos und der Frau die donatio pr. nupt. als eine Entschädigung für die ihnen durch die Aufhebung der Ehe entgangenen Vortheile ansahen, läßt sich nicht bezweifeln. Die actio oder accusatio de moribus gieng auf eine Privatstrafe (coercitio morum) [3]), sie durfte daher als meram vindictam spirans weder von den Erben noch gegen die Erben angestellt werden [4]); in den ältesten Zeiten verlor der Mann gar nicht die donat. propt. nupt., sondern die Strafe desselben bestand nur in Verkürzung des Termins zur Rückgabe der dos, und wo diese nicht denkbar war, einem Fruchtersatz als Surrogat [5]), ohnehin hätte die Frau durch Rückgabe der donat. pr. nupt. in der Regel nichts verloren, weil sie ihre dos

---

ihm dieselbe erleichtern können; aber darf denn der Jurist das auch? Aber freylich unsre angesehenen Practiker haben immer großen Beruf in sich gefühlt, wo sie Lücken sahen oder zu sehen glaubten, den Gesetzgeber zu machen.

3) L. 5. pr. de pactis dotalibus (23. 4.): Illud convenire non potest, Ne de moribus ~~non~~ agatur, vel plus vel minus exigatur, *ne publica coercitio privata pactione tollatur.*

4) L. 15. §. 1. solut. matrimon. (24. 3.) L. 1. C. Theodos. de dot.

5) *Böhmer* ius eccl. protest. lib. 4. tit. 20. §. 14.

zurückbekam, und diese jener gleich war; hatte endlich der beleidigte Theil die Criminalklage ex Leg. Jul. de adulter. angestellt, so fiel alle Privatstrafe weg [6]). Der schuldige Theil ward wegen seines Vergehens bestraft, und, weil der andre Theil durch das Vergehen an und für sich, nicht etwa durch die nothwendigen Folgen der Scheidung, gekränkt war, so ward ihm das Object der Strafe ganz oder zum Theil zugewandt [7]). Auch bey dem Römer war der Verlust des Ehemannes, der die Scheidung rechtmäßig bewirkte, gewiß ohne Rücksicht auf die dos sehr verschieden, je nachdem z. B. die Paraphernal-Rechte bedeutender oder unbedeutender waren, dennoch war die Strafe immer nach Verhältniß der dos, oder wenn diese nicht vorhanden war, nach Verhältniß des ganzen Vermögens (wo nicht dos, wo nicht Para-

---

6) L. 11. §. 3. ad L. Iul. de adulter. (48. 5.)

7) Die Worte in L. 8. §. 7. C. de rep. (5.17.): omne, quidquid ex nuptiis lucratum est, würden auch mit Unrecht zum Beweise angeführt werden, daß dem Unschuldigen durch die Scheidung nichts verloren gehen dürfe. Denn einmal ist hier nur vom repudio ex caussis iniustis die Rede, bey dem sich, da der unrechtmäßig Repudiirende die Ehe trennt, Ansprüche auf Entschädigung denken lassen, sodann aber sagt jene Stelle nichts mehr, als daß den Kindern die Proprietät alles desjenigen, was ihr Vater oder ihre Mutter durch Vermittelung der Scheidung und der Privatstrafe aus der Ehe gewinnen, zufallen solle; wie die im Gesetz gleich darauf hinzugefügte Erklärung hinlänglich beweist.

phernalien vorhanden waren, verlor der Mann meistens nicht einmal etwas, und dennoch erhielt er nach L. 11. C. de rep. (5.17) immer quartam partem) bestimmt, und es dem Richter nicht überlassen zu beurtheilen, ob der Unschuldige mehr oder weniger einbüße. Ein Argument, das, dünkt mich, schon für sich allein entscheidet. Nichts berechtigt uns also, den Satz, daß der Schuldige in Hinsicht des Unschuldigen als todt angesehen wird, oder, was im Sinne jener Germanisten dasselbe sagt [8]), daß der letztere das jetzt schon erhalten müsse, was ihm nach dem Tode des ersteren, wenn die Ehe fortgedauert hätte, erst würde zugefallen seyn, uns hier leiten zu lassen. Böhmer a. a. O. §. 38. kehrt den Satz um, und behauptet, daß der schuldige Ehegatte [9]) die portio statutaria verliere, und versteht unter dieser, was demselben

---

8) Sonderbar genug ist es aber, daß *Leyser* l. c. ihn schon in einem weiteren Sinne nahm, als wozu ihn der Obersatz, der ihn darauf führte, berechtigen konnte; sonst würde er nicht behauptet haben, daß der Unschuldige das ihm von dem Schuldigen während der Ehe geschenkte eben so gewinne, als wäre dieser gestorben, denn es stand ja auch ohne Scheidung in der Willkühr desselben, die Schenkung aufzuheben.

9) Anfangs spricht Böhmer zwar nur von der Ehebrecherin, dehnt aber seine Behauptung nachher auf den Ehebrecher und alle diejenigen Fälle aus, quae delictum sapiunt, atque totale divortium operantur. Ueber die Ausdehnung des c. 10. x. de consuet. in dieser Hinsicht, weiter unten.

von dem gemeinschaftlichen Vermögen nach dem Tode des andern gebührt; dieß ist denn natürlich auch so gemeint, daß der andere das Ganze gewinnen soll [10].

---

10) Eine ganz andere Ansicht ist die des *Weyer* commun. bon. P. I. thes. 25. §. 1. 2. Darnach muß erst berechnet werden, welcher von den beiden Ehegatten dabey gewonnen hat, daß in der Ehe nicht, wie nach römischem Recht, beider Gut separirt blieb, sondern G. G. entstand. Hatte dann der Schuldige Gewinn davon, so verliert er ihn, war der Unschuldige im Vortheil, so behält er ihn. Nimmt man meine Theorie an, so müßte man den Tod des Schuldigen oder doch das Aufhören der moralischen Person fingiren, denn so lange diese letztere existirte, hatte das Individuum für sich gar keine Rechte an das gemeinschaftliche Vermögen, konnte also auch nichts gewonnen haben. Wollte man dann die Sache so nehmen, daß der Unschuldige das gewinnen sollte, was er würde gewonnen haben, wenn der andre im Augenblick der Scheidung gestorben wäre, so würde dieß unbillig seyn, da man ja nicht wissen konnte, ob nicht bey fortdauernder Ehe das Vermögen sehr wäre vermindert worden. Auf allen Fall läßt sich dergleichen nicht im allgemeinen oder nach der Natur der Sache, und ohne daß besondere Gewohnheiten oder Statuten dazu berechtigen, behaupten. Geht man aber von jenem Gesichtspunct aus, so folgt, daß die schuldige Frau ihre Ansprüche auf die collaboratio verliert, in so fern sie ihr im Ganzen überwiegenden Gewinn bringen, der Mann dagegen seine Ansprüche daran nie verlieren kann, da sie ihm ohne G. G., nach gemeinem Recht allein gehört. Ganz willkührlich aber leitet seine Meinung Weyer l. c. aus dem allgemein aufgestellten Satz ab, daß die portio statutaria den Ehegatten nur unter der Bedingung gegeben worden, daß sie sich derselben nicht unwürdig machten. Hätten die Gesetze Verlust derselben wirklich an Unwürdigkeit derselben überhaupt gebunden, so stände freylich der Willkühr des

Allein seine Gründe sind wieder andre. Er beruft sich auf die Strenge der alten Deutschen gegen den Ehebruch, und führt zum Belege das Hamburger Statut an, begründet aber seine Meinung vorzüglich durch c. 10. x. de consuet., von welcher Sherer gar nichts zu wissen scheint. Die alten Deutschen mögen gerne grausam gegen die Ehebrecherin gewesen seyn, einzelne alte und neue Statuten mögen immerhin den ehebrechenden Theil (die statut. Hamburg. reden nur vom Weibe) zum Verlust aller Ansprüche an das gemeine Gut verdammt haben, daraus läßt sich im allgemeinen nicht schließen. Die Sitten haben sich, dii bene vertant, längst geändert, und es giebt nicht wenig alte Statuten, z. B. das Lüb. Recht, die der Sache, wovon hier die Rede ist, gar nicht erwähnen. Das c. 10. x. de consuetud. (1. 4.) ist also nur noch übrig. Die Worte lauten:

„Honorius III majori et Burgen. de Rupella. Ex parte vestra fuit propositum, quod, cum in patria vestra servatae sint hactenus duae consuetudines abusivae, una — Alia consuetudo est non impariter etc. reprobanda, quod si vir ducat uxorem, quae fide coniugii violata, committat adulterium

---

Richters hier Thor und Thür offen, und man dürfte sich nicht auf die von Weyer l. c. §. 3. aufgerechneten Unwürdigkeitsursachen einschränken lassen.

manifeste, nihilominus ipsa *medietatem omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus*, impudenter exigit, et improbe apprehendit, *quae potius privanda esset omnibus viri bonis:* quare super his vobis per apost. sed. provideri suppliciter postulatis. Nos igitur saluti et utilitati vestrae provide consulere cupientes tenore praesentium declaramus, vos non teneri ad huiusmodi consuetudines, *tamquam iuri contrarias*, observandas."

Dieser päbstlichen Entscheidung konnte gar nicht der Fall zum Grunde liegen, den eigentlich nur die Römer mit ihren Privatstrafen bedrohten, nämlich der, da ob adulterium repudium missum esset. Schon lange vorher war bekanntlich alle eigentliche Trennung der Ehe durch Scheidung durch das päbstliche Recht aufgehoben. Unter den Umständen konnte daher auch nur die Frage entstehen, ob wenn die Ehebrecherin den Mann überlebte, (eine bloße Scheidung von Tisch und Bette konnte ja in Hinsicht der Gemeinschaft und des Vermögens im Ganzen nichts ändern,) sie, wie sonst, medietatem omnium bonorum, quae vir adeptus sit, verlangen könne. Der Mann war durch jenes Scheidungsverbot außer Stand gesetzt, durch Scheidung der Frau diejenigen Vortheile zu entziehen, welche sich nur bey bestehender und bis zum Tode fortdauernder Ehe

denken ließen. Dahin gehörte dann auch die Gemeinschaft desjenigen, was der Mann erlangte. Dieß schien unbillig, und daher die in cap. 10. cit. erzählte Vorfrage. Die Entscheidung betrift also auch einen Fall, der bey den Protestanten, welche Ehescheidung vor dem Consistorio zulassen, in seinem ganzen Umfange nicht mehr vorkommen kann. Dennoch scheint ihr Grund noch jetzt zu passen, zwar sowohl dann, wenn der Mann durch andre unbezwingliche Umstände verhindert ward, sich von der nicht mit ihm versöhnten Ehebrecherin scheiden zu lassen, als auch dann, wenn die Scheidung geschieht, und nun getheilt werden sollte. Nur von dem letztern Fall ist hier die Rede. Böhmer nimmt nämlich an, daß in Rochelle communio acquestus unter den Ehegatten galt. War dieses, so mußte ja auch im Fall einer Scheidung in der Regel der Frau medietas omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus, zukommen, da das gemeine Gut im Zweifel nicht anders getheilt werden konnte. Davon soll sie aber nun grade nach dem Gesetz die Hände lassen. Ich glaube, es läßt sich aus dem Gesetz selbst beweisen, daß in Rochelle damals keine communio acquestus, wenigstens nicht nach der Meinung des Pabstes, galt. Erstlich zeigen das die Worte: quae vir adeptus sit, bey der Gemeinschaft alles Erwerbes, erwirbt der Mann für

sich nichts, und es kommt nichts darauf an, ob die mystische Person durch die Handlungen des Mannes oder der Frau erworben hat; am deutlichsten wird es aber durch die im Gesetz selbst angegebene ratio: *quae potius privanda esset omnibus viri bonis.* Selbst nach der alten Theorie, die ein dominium coniugum in solidum zuläßt, würde man nicht von der Frau haben sagen können, daß sie impudenter et improbe viri bona antaste, sondern nur, daß sie dasjenige, was ihr schon gehörte, nicht ganz habe verlieren wollen; nach meiner Theorie jenes noch weniger. Nach der ersteren wären es bona viri et uxoris gewesen, nach meiner bona viri cum coniuge, nämlich beider als moralischer Person. Daß die Frau nach dem Tode des Mannes die Hälfte der von ihm während der Ehe erlangten Güter bekam, beweist keine communio bonorum acquisitorum, sie konnte sie als Erbin aus seinem Nachlaß bekommen, und so sah der Pabst die Sache an. Wenn es sich aber auch erweisen ließe, daß eine solche Gemeinschaft galt, und daß der Pabst sie nicht ignorirte (denn darauf kommt am Ende doch alles an), so hat doch Honorius dessen ungeachtet es so ansehen wollen, als ob die bona a viro adepta besonderes Gut des Mannes wären, und diese Ansicht zum Grunde des Ge-

setzes gemacht. Diese irrige Ansicht könnte dann aber auch eben so wenig, grade weil sie irrig wäre, über ihr Object, die bona a viro adepta, auf die eingebrachten Güter oder diejenigen, welche allein oder gemeinsam durch Handlungen der Frau erworben worden — ausgedehnt werden, als sich der irrigen Raison, die aber die wahre des Gesetzes ist, eine richtige unterschieben, und dann aus dieser extensive interpretiren ließe. Auch schon darum, weil hier von einem singulären Recht die Rede ist, darf man hier nicht über die Worte hinausgehen. Nur von demjenigen also, was der Mann während der Ehe allein erworben, oder was ihm angefallen ist — denn nur davon kann man sagen, quod hoc ille *adeptus* sit — ließe sich behaupten, daß die Ehebrecherin oder wer ihr gleich zu stellen ist, bey der Scheidung daran überall keine Foderung machen könne. Aber ich glaube erwiesen zu haben, daß in dem Gesetz nur von einem Anspruch auf den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, und gar nicht von einem Anspruch auf ein gemeines Gut die Rede sey. Nicht hier also, sondern bey der Untersuchung, ob die überführte Ehebrecherin den der Ehefrau in den besondern Gütern ihres verstorbenen Mannes als seinem wahren Nachlaß von den Gesetzen angewiesenen Antheil verlangen kön-

ne, findet das cap. 10. x. de consuetud. seinen rechten Platz [u]).

§. 37.

Wenn man die Natur der ehelichen G. G. mit dem zusammenhält, was die römischen und päbstlichen Gesetze über Bestrafung des schuldigen Ehegatten festgesetzt haben, und das muß man thun, da das gemeine deutsche Recht darüber nichts bestimmt [x]); so ergiebt sich folgendes Resultat. Man unterscheide

---

u) Auch Danz §. 609. No. I. 3. verwirft hier die Anwendung des cap. 10. cit., aber ohne Gründe anzuführen. Ueberhaupt scheint er den Böhmer l. c., wie er die Worte: „Stirbt ein Gatte — anhängig gemacht worden," schrieb, nicht kurzlich vorher gelesen zu haben, weil er seine Widerlegung, die übrigens gar nicht am rechten Orte steht, sonst nicht so würde aus dem Aermel geschüttelt haben.

x) Wenn Klöntrup a. a. O. Absch. 6. §. 2. schrieb, die römischen Gesetze, welche die Wirkungen und Strafen des Ehebruchs bestimmten, ließen sich bey der Gemeinschaft der Güter nicht anwenden, so konnte man doch mit Recht Gründe von ihm verlangen. Diese ist er aber schuldig geblieben, wenn man nicht etwann seine Ausrufung im folg. §: „Wenn nun auch in den Fällen, wo eine Scheidung erkannt werden kann, der schuldige Theil überdem an seinen Gütern gestraft werden soll, so überlasse man die Strafe der Obrigkeit, die das Schwerd nicht umsonst trägt; denn der beleidigte Theil hat doch einmal kein Recht, sich dieser Strafe anzumaßen; denn eine Genugthuung ist es doch wohl für einen beleidigten Ehemann nicht, höchstens würde es Genugthuung für einen Kupler seyn, der sich die Ehre seiner Frau bezahlen läßt, — für einen

1) wie die Gemeinschaft entstand, existirte schon die Ehe und eine dos. Dieß wäre z. B. der Fall, wenn dieselbe erst durch die Geburt eines Kindes entstanden, und für die Zwischenzeit eine dos gegeben wäre. Alsdann würde das in der Ehe acquirirte Gut, in so weit es gemeinschaftlich geworden, im Fall unverschuldeter oder von beiden Seiten verschuldeter Ehescheidung im Zweifel zu theilen seyn, in Hinsicht des übrigen Vermögens aber würde der alte vor dem Anfang der G. G. existent gewesene Zustand wieder hergestellt, also die ehemalige dos würde wieder dos und das übrige, was vom bonum commune der Frau besonders zugehört hatte, fiele dieser wiederum anheim. Im Fall der einseitigen Verschuldung aber nun kann dieß nur in so fern eine Aenderung leiden, als die Gesetze dabey dem Manne oder den Kindern Ansprüche auf die dos oder das darüber hinausgehende schon als abgesondert gedachte Vermögen ertheilen [2]), diese wären hier daher auch in

---

juridischen Grund gelten lassen will. Das aber hat er gezeigt, daß man die während bestehender Ehe schon hervorgegangenen Wirkungen der G. G. nicht als vernichtet ansehen könne, ohne die Ehe rückwärts zu annulliren; allein darüber sollte billig gar kein Streit seyn.

2) Der Anfänger muß sich ja hüten, hier den Sherer zu Rathe zu ziehen. Dieser

ihrem ganzen Umfange anzuwenden. Von der donat. pr. nupt. gilt dann dasselbe.

2) es war keine dos vorhanden gewesen [3]). Alsdann kommt L. 11. C. de repudiis zur Anwendung, und betrift sowohl die Hälfte des acquestus, als das ganze vor der Gemeinschaft dem Schuldigen zuständig gewesene Vermögen, denn jene mit diesem zusammengenommen ist es, was ihm durch die Scheidung als das Seinige zufallen kann.

§. 38.

Wenn der Fall unter 2) b) eintritt, also die Ehe durch den Tod getrennt wird, so wird nach Sherer's Meinung, der überlebende Ehegatte einziges Subject des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens. Daß dieß nicht, wie er wähnt, aus seinem Grundbegrif folge, ist oben gezeigt worden. Danz, welcher in der Defini-

---

giebt dem Manne noch immer aus Nov. 117 die tertia pars, ungeachtet diese bekanntlich in Nov. 134 aufgehoben ist. Die ganze Untersuchung, welche schon so oft erwogen worden ist, verdient noch einmal von vorne angefangen zu werden; denn selbst Böhmer, der so vortrefliches darin geleistet, hat, wie ich fest überzeugt bin, sich in wesentlichen Punkten geirrt, und manche sich aufdringende Schwierigkeiten gar nicht gesehen. Was ich darüber gedacht habe, werde ich vielleicht an einem andern Orte mittheilen.

3) Nur diesen letzten Fall hatte Danz in §. 609. no. I. 3. vor Augen.

tion und nachher öfters von einer moralischen Person, welche die Ehegatten mit einander ausmachen sollen, nachher aber S. 406. von einem gleichen Antheil beider Ehegatten an dem Vermögen spricht, dagegen noch auf derselben Seite (pag. 384), wo die Definition steht, das vermeintliche deutsche solidarische Miteigenthum unterscheidet, auch noch wieder S. 397. dieses als bey der G. G. vorhanden anerkennt, und sodann in §. 263. (Th. 2. S. 499.) wie schon angeführt worden, deutlich sagt, daß es aus der Natur des Gesammteigenthums nimmermehr folge, daß wenn der eine Gemeiner ausfalle, der andre an seine Stelle trete, weil es sich eben so gut denken lasse, daß auf den Erben das volle Gesammteigenthum, als eine pars indivisa des Miteigenthümers, übergehe; tritt nun endlich doch wieder in §. 607. (Th. 6. S. 423 ff.) mit der alten Thesis auf, und leitet diese aus der Natur des Gesammteigenthums bey der G. G. ab. Wenn das denn aber nicht Verwirrung ist, so ist das Chaos Harmonie, aber wahrlich sie kommt nicht der Lehre, sondern dem Lehrer zu Schulden. „Kraft der allgemeinen G. G.", sagt Danz, „war der überlebende Ehegatte schon zu Lebzeiten des verstorbenen Eigenthümer des Ganzen" (und dennoch sollen beide eine moralische Person ausmachen?); „nur schränkte ihn die Konkurrenz eines Miteigenthü-

mers in verschiedener Rücksicht ein" (ja, er ist zu gleicher Zeit Eigenthümer und Nichteigenthümer, vgl. Danz §. 263. und oben §. 11.). „Diese Einschränkung hört aber mit dem Tode des letztern auf, und es wird also nothwendig das vorherige Miteigenthum nunmehro in ein ausschließliches Eigenthum verwandelt" (das meinten ja grade die in §. 263. getadelten auch). „Weder von einer Beerbung des gestorbenen Ehegatten, noch überhaupt von einer Erbschaft kann demnach eigentlich und in Wahrheit die Rede seyn, so lange noch ein Glied der ehelichen Gesellschaft, für welche die Gütergemeinschaft gewonnen ist, lebt" (grade dieselben in §. 263. von Danz widerlegten Schlüsse auf die eheliche G. G. angewandt); „sondern mit dem Augenblick des Todes des einen Ehegatten wird vielmehr das bisher gemeinschaftlich gewesene Sammteigenthum in der Person des Ueberlebenden consolidirt." Ich habe oben §. 31. bewiesen, daß weder Beschränkung, noch Consolidation sich mit dem richtigen Begrif einer deutschen G. G. vereinigen lasse. Beschränkung setzt Antheil am Recht, oder doch die Befugniß, die Ausübung eines Rechts zu hindern, voraus, nichts aber von dem steht den Individuen zu; Consolidation aber ist Vereinigung eines Rechts und deren Beschränkung, welche vorher in mehrern Rechtssubjecten existirten, in einer Person, nun

hatte aber vor dem Tode des einen Ehegatten schon Ein Subject das ganze Vermögen gehabt, mithin kann dieses nun nicht erst in einem vereinigt werden.

§. 39.

Ob hier aber, wenn man von richtigen Principien ausgeht, ein Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, der vorher gemeinschaftlich gewesen, und eine Beerbung desselben denkbar sey, ist eine andre Frage. Ließe es sich, wie bey der Scheidung, im Zweifel annehmen, daß der der G. G. vorhergegangene Zustand, so wie es oben auseinandergesetzt worden, wiederhergestellt werde, so würde auch ein solcher Nachlaß allerdings zu behaupten seyn; allein die Natur der Sache ist dagegen. Gesetz und Vertrag können es allerdings vorschreiben, daß es so angesehen werden solle, als sey im Momente des Sterbens die gemeinschaftliche Masse in ihre ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst worden, und einem jeden der Ehegatten das ursprünglich Seine wieder zugefallen; alsdann würde der Gestorbene das, was er vor der G. G. besonders gehabt hätte, auf seine Erben ex testamento oder ab intestato vererben [1]). Al-

1) Dann bliebe bloß die Errungenschaft als eine Masse zu theilen übrig, woraus sich dann leicht ergiebt, daß man aus diesem Umstande nicht schliessen könne, nicht allgemeine, sondern nur Errungenschafts-Gemeinschaft habe während der Ehe Statt gefunden. Ueberall muß man hier nicht ver-

lein wo dergleichen Vorschriften fehlen, da wird die Ehe erst in dem Augenblick getrennt, da der eine Ehegatte schon todt ist, folglich kann auch die G. G. nicht eher beendigt werden. Wer aber nicht mehr existirt, dem kann auch nichts restituirt werden, woraus denn folgt, daß es immer wieder darauf ankommt, ob dem Individuum etwas von dem gemeinen Gut als solchem zugehöre; da nun dieses nicht ist, vielmehr der mystischen Person das ganze Vermögen zusteht, so kann auch dasselbe in keinem Betracht als Nachlaß des Individuums, sondern nur einzig und allein, wenn überhaupt ein Nachlaß hier denkbar ist, als Nachlaß der mystischen Person behandelt werden.

---

gessen, daß die deutsche statutarische Succession meistens eine Succession in einzelne Vermögenstheile, nachdem von dem Ganzen erst die Schulden abgezogen worden, ist, und daß dabey weder der römische Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus defungere potest, noch ein ius accrescendi der Erben Statt finde. Sehr richtig unterscheidet daher *I. H. Böhmer* diss. de commun. aer. alien. iut. coni. Hamb. §. 11. 12. 13. 16. 17., der freylich aus dem solidarischen Eigenthum des Ehegatten während der Ehe, nicht auf ein solidarisches Eigenthum desselben nach Beendigung derselben durch den Tod schloß, das ius communionis von dem iure divisionis als von einander unabhängig.

§. 40.

Es fragt sich daher nur, ob nicht vielleicht, um jetzt die Sache wieder etwas allgemeiner zu stellen, durch den Tod eines Individuums die moralische Person gar nicht aufgehoben, vielmehr diese durch die nachbleibenden, und im Fall auch nur einer nachbliebe, durch diesen einen übrigen fortgesetzt wird. Eine universitas, einmal errichtet, kann auch durch ein Individuum fortgesetzt werden, ius omnium in unum recidit et stat nomen universitatis [1]); warum sollte dieß nicht bey der deutschen G. G., insbesondere nicht bey der ehelichen Statt finden können, da doch die universitas auch eine mystische Person ist? Ich antworte: darum nicht, weil es in der besondern Natur einer Gemeinheit seinen Grund hat. Eine universitas ist zwar eine mystische Person, und was von dieser gilt, muß auch von ihr gelten, aber sie ist eine besonders qualificirte mystische Person, und nicht alles, was von ihr gilt, muß auch von jeder mystischen Person gelten. Jede Gemeinheit gründet sich auf collegialische Verbindung, zu einem immerwährenden Zweck, anfangs müssen daher drey Mitglieder vorhanden seyn, nachher ist, damit das Ganze, welches ja wie sein Zweck immerdauernd seyn soll, nicht zu Grunde gehe, (stare oportet

1) L. 7. §. ult. quod cuiusq. univ. nom. (3. 4.).

nomen universitatis) Ergänzung desselben durch Wahl oder Ernennung, und in der Zwischenzeit, oder wenn Ergänzung grade nicht möglich ist, Fortsetzung desselben durch wenige, und selbst durch einen nothwendig. Alles dieß paßt nicht auf die deutsche G. G. Bey dieser machen einzelne bestimmte Individuen, nicht, wie bey der universitas, ein corpus von Mitgliedern die mystische Person aus, wenn daher ein Individuum ausfällt, so ist, wenn Gesetze oder Verträge nicht auch hier Ergänzung oder Fortsetzung sollten verfügt haben, die mystische Person nicht mehr vorhanden, eben weil sie aus den einzelnen Individuen als integrirenden Theilen bestand, und es entsteht eine Erbmasse, deren Erblasser eine mystische Person ist.

§. 41.

So verhält es sich denn auch insbesondere mit den Ehegatten, die in G. G. lebten. Stirbt einer, so entsteht dadurch ein Nachlaß der mystischen Person, welcher in dem bis dahin gemeinschaftlichen Vermögen besteht. Wer soll denn aber nun hier erben? Die im römischen Recht enthaltenen Vorschriften über successio ab intestato können hier nicht angewandt werden, da fast das ganze System auf Blutsverwandtschaft beruht, diese aber bey einer mystischen Person nicht denkbar ist. Verfügen Gesetze oder Verträge hierüber etwas, so versteht

sich, bleibt es dabey, wie wenn dieß nun aber nicht der Fall ist? dann wären wir also von der Gesetzgebung verlassen! Ich zweifle nicht, daß mancher mir dieß als eine Absurdität anrechnen wird, auf die mich meine eignen Prämissen geführt haben. Allein

1) ist es nicht absurd, durch richtige Schlüsse eine Lücke im Gesetz aufgedeckt zu haben;

2) ist diese Lücke des gemeinen Rechts nicht so gefährlich, als man denken sollte;

   a) kann man es, wie ich glaube, mit Zuverlässigkeit behaupten, daß kein Statut und noch weniger ein particuläres Gewohnheitsrecht Gütergemeinschaft eingeführt hat, ohne die Beerbung des gemeinen Guts zugleich zu bestimmen, und in Verträgen wird es auch fast nie vergessen werden;

   b) ist es nicht so ganz unnatürlich, daß wenn es dennoch vergessen worden, auch sich keine Intention der Contrahenten vermuthen läßt, der Richter in jedem Falle die Succession bestimme. Ehe eine Gesetzgebung bey einem Volke entstanden ist, bildet sich ein Gewohnheitsrecht in Erbfällen meistens erst nach solchen Richtersprüchen. Daß nun hier vor allen der, welcher zur Zusammenbringung der Masse beygetragen hat,

der überlebende Ehegatte, natürlicher Billigkeit nach, Ansprüche zu machen habe, darf kaum erwähnt werden.

§. 42.

Nach der eben beendigten Untersuchung scheinen mir zunächst die gewöhnlichen Eintheilungen der deutschen G. G. und die damit verknüpften Begriffe einer Revision zu bedürfen. Man theilt die G. G. ein nach ihrem Object in die allgemeine und besondere. Unter der ersteren versteht man denn gewöhnlich diejenige, welche das ganze Vermögen umfaßt; versteht man nun unter der letzteren die, von welcher irgend ein Theil des Vermögens ausgeschlossen, bestehe dieser auch nur in den Rechten an einer einzelnen Sache, so läßt sich gegen den Sinn der Eintheilung logisch nichts einwenden. Eine andere Frage aber ist es, ob sie juridisch brauchbar sey? Ich glaube dieß mit Recht verneinen zu dürfen. Soll allgemeine G. G. nur dann vorhanden seyn, wenn, wie Danz sich ausdrückt, das von ihm so genannte (S. oben §. 27.) ungetheilte Eigenthum beider Ehegatten sich auf alles erstreckt, was von ihnen beiderseits in die Ehe gebracht, und auf jede Art darin erworben ist, oder ist nur diejenige G. G. eine allgemeine, die, wie Scherer sich äusert, über das gesammte von beiden Eheleuten beyge-

brachte, geerbte oder ihnen sonst zugefallene, sowohl gegenwärtige als künftige, und von ihnen errungene Vermögen, von welcher Seite es auch seyn mag, sich erstreckt, und bey der, nach seiner Theorie, jeder derselben einerley Rechte und Verbindlichkeiten untheilbar auf sich hat; so müßte

1) in jedem Fall, da einer der Ehegatten in rein persönlichen Rechtsverhältnissen stände, die darum auf die mystische Person ihrer Natur nach nicht übertragen werden könnten [1]), weil sie an die physische Person desselben gebunden wären, z. B. manche Vasallenpflichten mit den correspondirenden Rechten, wenn das Gesetz auch überhaupt allgemeine G. G. vorgeschrieben hätte, dennoch diese nicht Statt finden können.

---

1) Nach unserm Begrif von D. G. G. kann die Incommunicabilität einer obligatio nie darin ihren Grund haben, daß das Recht ein ius individuum ist, denn das Subject bleibt eine Person. Auch nach dem von uns widerlegten Begrif ist es keine Ausnahme, da darnach keine ideelle Theilung geschehen soll. Wenn man daher nicht jedem Ehegatten während der G. G. eine pars quota geben will, so ist die bey *Wesel* l. c. §. 91. ꝛc. vorkommende Untersuchung, ob das ius patronatus ein ius individuum sey, hier fruchtlos; wichtiger war es hingegen, dem Einwand, daß dieß Recht ein honor personalis sey, zu begegnen.

2) Würde jeder Vertrag oder jedes Gesetz [2]), die auch nur den geringsten Theil des Vermögens, auch nur eine Sache von der G. G. ausnähmen, die allgemeine G. G. nicht zulassen. Es streitet gradezu gegen die Definition, wenn Scherer in §. 55. behauptet, Receptitien oder Einhandsgüter könnten bey allgemeiner G. G. Statt finden, wenn sie auf einem besondern Vertrage beruhten [3]). In denselben logischen Fehler ist Danz verfallen, welcher, ungeachtet er die obige Definition aufstellt, S. 402 behauptet, „alle, der freyen Disposition der Ehegatten unterworfene, und nicht namentlich von ihnen ausgenommenen Güter wären als Object der allgemeinen G. G. zu betrachten."

Nun ist es aber für die Rechtswissenschaft durch-

---

2) Das alte Lüb. Recht nimmt den Harnisch und einige Kleidungsstücke des Mannes, und die Handtreue der Frau von dem gemeinen Gut, wenn Kinder vorhanden sind, aus, und dennoch wird kein Kenner dieses Statuts leugnen wollen, daß darnach in dem genannten Falle allgemeine G. G. Statt finde, und so ließen sich der Beyspiele viele anführen.

3) Da ich nachher nach meiner Theorie es behaupten muß, daß einzelne Güter, unbeschadet des Begrifs von allgemeiner G. G., ausgenommen seyn können, so gilt dieses nur bloß, wenn man den Begrif der anderen voraussetzt.

aus nicht interessant, ob es Fälle giebt, wo ohne alle Ausnahme jedes Vermögensstück den Ehegatten gemeinschaftlich ist, und wäre es das, so brauchte es doch nur historisch angeführt zu werden, und wir würden hier einen historischen Begrif statt eines juridischen haben 4). Wollten wir aber mit Rücksicht auf die von Danz gemachte Ausnahme definiren, so müßte es heißen, allgemeine G. G. wäre alsdann vorhanden, wenn nach Gesetz oder Vertrag in der Regel alles Vermögen gemeinschaftlich würde. Dann würde aber auch allgemeine G. G. vorhanden seyn, wenn sie in der Regel constituirt, die Immobilien aber ausdrücklich ausgenommen wären, was Danz doch nicht würde zugegeben

4) Wenn der Römer von einer *societas* omnium bonorum spricht, so geschiebt dieß in einem ganz andern Sinn, und doch ist es dieser Ausdruck, verbunden mit dem Begrif von societas questus, welcher, wie man sich leicht überzeugen kann, die bisherigen Schriftsteller über diese Materie zu einer solchen wirklich unbrauchbaren Eintheilung verleitete: die römischen Juristen wollten bloß bestimmen, was es heiße und wirke, wenn in dem Gesellschaftscontracte eine societas omnium bonorum, oder wenn nur schlechtweg eine Societät bedungen war. Der Begrif war also grammatisch und formal, statt daß wir hier mit einem materiellen Begrif zu thun haben (L. 1. §. 1. L. 7. pro socio XVII. 2.). Zudem ist die societas omnium bonorum von jeder andern nicht bloß durch ihren Umfang, sondern durch die singuläre Eigenschaft verschieden, daß bey ihr die Sachen ohne Tradition oder Collation gemeinschaftlich werden. (L. 1. §. 1. cit.)

haben. Soll aber jene Ausnahme etwann nur Rechte an einzelnen Sachen (species) betreffen, so müßte auch der Begrif negativ darnach bestimmt werden; dann würde er aber wieder sehr unfruchtbar ausfallen 5).

§. 43.

Ehe ich zur Aufstellung der wahren juridischen Bedeutung der ganzen Eintheilung übergehe, muß ich noch die inneren logischen Fehler, welche von mehrern, insbesondre Danz und Sherer, dabey gemacht worden sind, rügen. Danz macht drey Glieder:

1) allgemeine G. G.,

2) particuläre G. G.,

3) Gemeinschaft der ehelichen Errungenschaft.

Dieß geht schlechterdings nicht an, denn der Begrif: allgemeine G. G., kann nur einen Nebenbegrif, nämlich den: particuläre G. G., haben. Diese kann

5) Wenn ein Gesetz oder Vertrag bestimmte, daß alle Güter, mit Ausnahme der Pferde, gemeinschaftlich seyn sollten, so wird ein jeder sagen, die Gemeinschaft sey eine allgemeine, nicht so, wenn jene Ausnahme die Mobilien überhaupt befaßte, und doch sind beides Classen von Gütern; genera bonorum; ein zuverläßiges Zeichen, daß hier erst diejenigen Gattungen herausgehoben werden müssen, von deren Gemeinschaftlichkeit der universelle oder particuläre Charakter der G. G. abhängt.

man denn wieder in particuläre G. G. im engern Sinn und in Gemeinschaft der Errungenschaft eintheilen, wenn man will, aber diese Unterabtheilung muß nicht in die Oberabtheilung gebracht werden [6]). Danz beschreibt selbst seine particuläre G. G., sie beschränke sich auf einen besondern ein für allemal bestimmten Theil ihres beiderseitigen Vermögens; die Errungenschaft ist aber doch auch wohl ein bestimmter Theil des beiderseitigen Vermögens? Sherer hat gar alles verwirrt. Er setzt Th. II. S. 1. den Unterschied der allgemeinen und particulären G. G. darin:

„daß bey jener während der Ehe ein unzertrenntes Sammteigenthum zum Grunde liegt, welches sich auf das ganze Vermögen erstreckt, und sich auch nach dem Tode des einen Ehegatten in seinen Wirkungen zeigt; bey dieser aber beide Eheleute das, was sie beym Eintritt in die Ehe einander zubringen, und was jedem von ihnen in stehender Ehe an- und

6) Westphal l. c. §. 2. theilt gar die G. G. in allgemeine, welche sich über das gesammte Vermögen der Ehegatten erstreckt, so daß das Eingebrachte und alles in stehender Ehe auf irgend eine Art hinzugekommene Vermögen gemeinschaftlich ist, und Errungenschaftsgemeinschaft ein; und doch ist es aller Welt bekannt, daß die Errungenschaftsgemeinschaft nicht die einzige particuläre G. G. ist.

zufällt, nicht zu einem solchen Sammteigenthum machen; — sondern entweder ihre Ansprüche an die zusammengebrachte Vermögensmasse auf einen gemeinschaftlichen ungetheilten Beysitz, Gebrauch und Genuß derselben, es seyn viel oder wenig, einschränken, oder aber nur einige in der Vermögensmasse begriffene Güter zu einem unzertrennten Sammteigenthum machen, jene die nutznießliche heißt, diese aber entweder wirklich eingebrachte einzelne Güter, oder aber die in der Ehe von ihnen durch Fleiß, Arbeit und Geschicklichkeit erworbenen Güter, d. i. die Errungenschaft begreift u. s. w."

Es ist eine sehr natürliche Regel, daß von zweyen durch sondern, wie hier, verbundenen Gegensätzen, der letzte dasselbe bejaend ausdrücken müsse, was der erste verneinend ausdrückt, und daß also in jenem nicht etwas bejaet werden dürfe, was im erstern verneint worden. In dem ersten Theil der Sherer'schen Periode aber wird der Charakter der particulären G. G. darin gesetzt, daß kein zugebrachtes und angefallenes Gut gemeinschaftlich werde, was von: sondern, an folgt, gehört zu dem positiven Gegensatz, d. h. es soll dasjenige als nur zur Gemeinschaft gehörig genannt werden, was nach Abzug des Eingebrachten und Angefallenen übrig bleibt. Dieses theilt Sherer nun in gemeinschaftlichen Nießbrauch, und

was nicht Nießbrauch ist, ein, und rechnet zu der letzten Ordnung wieder einzelne eingebrachte Güter, ungeachtet er alle eingebrachte schon ausgeschlossen hatte. Wenn man nun aber auch das letztere als seine wahre Meinung annehmen, und seinen Vordersatz darnach berichtigen will, so ist doch auch wieder zu wenig dadurch gesagt, daß er die particuläre G. G., welche nicht im bloßen Beysitz besteht, sich entweder nur über einzelne eingebrachte Güter, oder über Errungenschaft erstrecken läßt, da eine ganze Art von den ersteren, z. B. Mobilien, gemeinschaftlich seyn kann, ohne daß die particuläre G. G. in eine universelle übergeht.

§. 44.

Auf die Bestimmung dieser Begriffe kommt hier gewiß ungemein viel an, da so viele Folgesätze darauf beruhen. Wer hier mit Sicherheit zum Werke gehen will, muß erst in den wahren und eigentlichen Grund dieser Eintheilung eingehen. Man findet nämlich, daß das ganze Eingebrachte und das durch Geschenk oder Nachlaß Hinzugekommene, oder das erstere allein von der Gemeinschaft ausgeschlossen bleibt; man findet, daß die Rechte an unbeweglichen Sachen nicht mit gemeinschaftlich werden, man findet aber auch, daß dieß alles

im allgemeinen zum gemeinen Gut gerechnet wird [1]. Dieß sind wichtige, juristisch interessante Unterschiede, die sich daher in der Wissenschaft als fundamenta dividendi wieder finden müssen. Soll dieß seyn, so muß man erst damit anfangen, Classen der Güter zu machen. Das Vermögen besteht

1) in Eingebrachtem (illata),
2) in Ererbtem und Geschenktem, oder mit Einem Wort, in Geschenktem im weitern Sinne (bona adventitia),
3) in Erworbenem sens. strict. (collaboratia).

Es besteht ferner

1) in Rechten an unbeweglichen,
2) in Rechten an beweglichen Sachen.

Beide Classificationen greifen durch das Ganze durch. Wo nun alle diese Classen dieser doppelten Classification in der Regel, oder wenn man so sagen will, als Classen gemeinschaftlich sind, da ist allgemeine Gütergemeinschaft, wenn auch gleich Rechte an bestimmten einzelnen Stücken, welche in der Classe begriffen sind, oder Unterarten derselben besonderes Vermögen blieben, und wo eine dieser Classen ausfällt, da ist particuläre G. G. vorhanden. Der Fehler lag darin, daß man

---

1) Danz Th. 7. S. 4 u. 5.

nicht erst jene Classen der Güter machte, ehe man die Gemeinschaft der Güter eintheilte, sondern umgekehrt verfuhr, und die einen doppelten Eintheilungsgrund voraussetzenden Classen unter eine einfache Abtheilung der G. G. bringen wollte, woraus denn entweder Verwirrung und Widersprüche oder auch unnütze Distinctionen entstehen mußten [2]).

§. 45.

Jetzt erst kann die Frage beantwortet werden, ob und in wie fern unveräußerliche Güter auch bey allgemeiner G. G. nicht gemeinschaftlich werden. Alle aus einem Munde antworten, die Entstehung der ehelichen G. G. enthält eine wahre Veräußerung, folglich können nur alienable Güter in die G. G. übergehen. Wenn ich disputiren wollte, so würde ich es zuförderst negiren, daß mit der G. G. Alienation verknüpft sey, und ich glaube schwerlich, daß jene es nach ihrer Theorie würden darthun können. Alienation involvirt immer zweyerley,

2) *Wesel* l. c. §. 59. sagt schon von der allgemeinen G. G.: „Cum diximus per matrimonium omnia bona fieri communia, id spectat rerum genera, non species singulis generibus subiectas." Da er aber zur Bestätigung dieses Satzes nur solche Arten von Gütern anführt, welche nach seiner Meinung ihrer Natur nach von der G. G. ausgenommen sind, so ist es zu bezweifeln, daß er sich die Sache deutlich gedacht habe.

1) daß einer ein Recht aufgebe, damit

2) dieses auf einen anderen übergehe.

Niemand wird es eine Veräußerung nennen, wenn eine res nullius einen Eigenthümer erhält. Nun bekommt zwar durch die G. G. der Ehegatte Rechte, die er vorher nicht hatte, und die dem anderen bis dahin allein zustanden, allein der andere giebt diese Rechte keinesweges auf, sondern behält sie, und zwar in solidum, er verliert also auch nichts, veräußert also auch nichts. Daß er den anderen nicht mehr, wie sonst, ausschließen darf, thut ihm keinen Abbruch, denn damit soll ja grade das volle Recht bestehen können. Man sage ja nicht, daß er doch einen Theil der Ausübung verliere, nur von der Veräußerung des Rechts ist hier ja die Rede. Aber freylich nach meiner Theorie ist hier eine Veräußerung vorhanden. Bey jeder Alienation werden die Subjecte des veräußerten Vermögens vertauscht, dieß geschieht durch Entstehung von G. G. nach jener Theorie nicht, denn darnach bleiben beide Subjecte des Vermögens in solidum, wohl aber nach meiner, denn hier tritt die mystische Person an die Stelle der bisherigen aus Individuen bestehenden Rechtssubjecte. Den Vordersatz also zugegeben, so leugne ich doch die conclusio, und zwar in ihrer Allgemeinheit, in vollem Ernste. Wenn Gesetz, Testament, Vertrag die Veräußerung einer Sache verbieten, so ist

nur eine alienatio voluntaria, nicht aber eine necessaria darunter zu verstehen. Wir haben die deutlichsten Gesetze darüber in den Pandecten:

L. 1. de fund. dotal. (23. 5.) Interdum Lex Iulia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere, hic enim dominus vicinus fit, *quia haec alienatio non est voluntaria.*

L. 13. famil. ercisc. (10. 2.) Alienationes enim post iudicium acceptum interdictae sunt, *duntaxat voluntariae*, non quae vetustiorem caussam, et originem iuris habent *necessariam.*

Beide Gesetzstellen sprechen freylich nur von gesetzlichen Verboten, allein der Grund ist allgemein, nämlich offenbar der, weil derjenige, welcher durch einen dem Verbot vorhergehenden Vertrag, (ein nachfolgender kann natürlich nichts wirken, da sich niemand verbinden kann, etwas zu thun, was er nicht darf,) oder durch ein vorhergehendes oder nachfolgendes Gesetz gezwungen ist, die Sache zu veräußern, gar nicht als Uebertreter des Verbots angesehen werden kann. Es ist natürlich, daß jedem nur das verboten werden kann, was von seiner Willkühr

abhängt [1]). Diejenige Veräußerung nun, welche mit der communio bonorum legalis verknüpft ist, ist eine wahre necessaria. Man muß sich freylich von dem fal=

---

1) Donell Comment. B. 9. Cap. 10 in f. setzt den Grund darin, weil sonst iura tertii lädirt würden; allein dann würde in dem Fall, da auf ein früheres allgemeines Verbot der Alienation zum Besten dritter Personen, ein specielles Gebot der Alienation folgt, das Umgekehrte zu behaupten seyn, und dieß ist gegen die Gesetze, welche diese Veräußerungsverbote ausdrücklich auf alienationes voluntarias einschränken, also alle necessarias ausschließen. So heißt es in L. 1. cit.: „quia haec alienatio est voluntaria," in L. 13. cit.: „interdictae sunt *duntaxat* voluntariae," und nun wird als Folgerung hinzugesetzt: „non quae vetustiorem caussam et originem iuris habent necessariam," d. h. nicht solche, die sich in einem älteren Vertrag gründen und gesetzlich, mithin nothwendig, ohne Zuthun desjenigen dem die Sache durch die Veräußerung entzogen wird, entstehen. Die Worte, wie Donell, so zu verstehen: „quae caussam et originem alienationis interdictione antiquiorem habent," ist fehlerhaft, da dann iuris müßig steht, und nicht vetustiorem das adiectivum ist, was zu originem gehört, sondern necessariam. Alles übrigens, was ich hier von Alienationsverboten gesagt habe, gilt nur von solchen, die zunächst gewissen Personen die Veräußerung, nicht von denjenigen, die zunächst die Veräußerung gewisser Sachen verbieten, z. B. wenn ein Gesetz vorschriebe, es solle ein bestimmtes immobile für immer bey einer gewissen Familie bleiben; und eben so wenig von denjenigen, die die Veräußerung an gewisse Personen untersagen, denn, obgleich im Zweifel keine iura tertii antea quaesita dadurch gekränkt werden dürfen, so heben sie doch, so weit ihre Sphäre und Gültigkeit reicht, alle alienationes necessarias auf.

schen Satze erst losmachen, daß die eheliche G. G. schon aus dem Ehecontract als solchem entspringe, denn sonst wäre es freylich consequent, eine freywillige Veräußerung in allen Fällen anzunehmen, wo das Verbot dem Ehecontract vorangegangen. Ich glaube zur Widerlegung desselben in §. 23. genug gesagt zu haben. Geht man aber mit mir davon aus, daß der Ursprung der gesetzlichen ehelichen G. G. in dem Gesetze, welches sie mit der Ehe als conditione sine qua non verknüpft hat, keinesweges in einer Einwilligung der heirathenden Partheyen, deren das Gesetz nicht bedarf, liege, so ist auch nur eine gesetzlich nothwendige Veräußerung die Folge einer so entstandenen G. G. Wollte man mir einwenden, daß

1) es ja doch von den Partheyen abhinge, ob sie eine Ehe eingehen wollten oder nicht,
2) es ebenfalls in ihrer Willkühr stände, die nicht alienablen Güter durch einen besondern Vertrag von der G. G. auszuschließen,

so würde ich erwiedern

ad 1) ein Veräußerungsverbot untersagt nur solche Handlungen, womit an sich die Absicht zu alieniren verknüpft ist, eben weil sie keinen andern Zweck haben können. Veräußerung, die das Gesetz an eine Handlung andrer Art knüpft, hat nicht in dem Willen des Handelnden, sondern in dem Gesetz seine

Quelle. Der Handelnde kann bey seiner Handlung die Folge gar nicht, er kann das Gegentheil gewollt haben, dennoch bleibt der Erfolg des Gesetzes wegen derselbe.

ad 2) Das Gesetz, welches Alienation untersagt, verbietet nur, gebietet nicht. Positive Handlungen sind gar kein Gegenstand desselben. Unterlasse ich solche, was mir frey steht, und das Veräußerung gebietende Gesetz trift dabey ein, so habe ich doch nicht zunächst die Alienation gewollt, und nur diesem Willen steht das Verbot entgegen. Auch der Mann konnte dadurch der Veräußerung des praedii dotalis vorbeugen, daß er die cautio damni infecti leistete, dennoch entscheidet Paulus in L. 1. cit., daß dieselbe vor sich gehen solle, quia haec non sit voluntaria.

Also die gesetzliche G. G., so wenig die allgemeine, als die particuläre in ihrer Sphäre, schließt die unveräußerlichen Güter aus, die vertragsmäßige thut es nur dann, wenn das Veräußerungsverbot dem Vertrage vorhergieng (si non alienatio ex antiquiori caussa orta sit). Es versteht sich übrigens von selbst, daß die mystische Person, welche in die Rechte des Individuums an der unveräußerlichen Sache eintritt, da sie nicht mehr Rechte

erhält, auch eben so wenig als das Individuum mit derselben eine alienatio voluntaria vornehmen darf.

§. 46.

Eine andere Frage ist es, ob Güter, an denen der eine Ehegatte nur den Nießbrauch, oder doch nur bestimmte Proprietätsrechte, kein Eigenthum hatte, mit zum gemeinen Gut gezogen werden können. Gemeiniglich wird sie aber nach der eben beantworteten entschieden [1]), obgleich sie in der That gar keinen Zusammenhang mit derselben hat. Da, sagt man, niemand Güter, an denen er kein directes Eigenthum hat, veräußern darf, G. G. aber Veräußerung mit sich bringt, so kann kein solches Gut gemeines Gut seyn. Das Resultat würde nach dem vorigen falsch seyn, wenn man es nur aus diesen Prämissen ableiten könnte, allein ich glaube, daß es recht verstanden richtig ist, nur aus andern Gründen. Daß man hier ganz den Gesichtspunct verfehlt hat, daran ist nichts anderes schuld, als daß man, wie schon oben §. 26. gerügt worden, das Wort Eigenthum oder Miteigenthum in die Definition von deutscher G. G. brachte, und dann nachher vergaß, was man sich dort dabey gedacht hatte. Daher

---

1) S. z. B. Sherer §. 39. S. 82.

kam es denn, daß man immer zuerst fragte, ob einer Eigenthum an einer Sache habe oder nicht, hatte er es nicht, so schloß man die Sache vom gemeinschaftlichen Vermögen aus, nur die Früchte derselben ließ man noch etwann zu, weil diese der Nutznießer u. s. w. eigenthümlich gewinnt, und daher, wie Danz §. 603. es nennt, dem andern ein Miteigenthum daran einräumen kann, an der Substanz der Sache nicht. Aber nicht Sachen sind zunächst Gegenstand des gemeinschaftlichen Vermögens, sondern Rechte, und, in so fern man das negative mit einbegreift, Verbindlichkeiten, selbst persönliche, wenn sie auch gar keine Sachen betreffen, gehören mit dazu. Also fragt es sich immer zunächst, nicht welche Sachen, sondern welche Rechte sind dem gemeinschaftlichen Vermögen unterworfen. Freylich können diese wieder nach den Sachen, woran sie zustehen, bestimmt werden, so z. B. können Rechte an beweglichen Sachen allein dahin gerechnet werden. Daher versteht es sich denn nun von selbst, daß nur solche Rechte der mystischen Person zu Theil werden können, die das Individuum hatte, nicht also iura domini, wenn dasselbe nur superficiarische oder emphyteutische Rechte hatte. Eben so wenig werden aber auch bloß die Früchte, die der Emphyteuta, der Superficiar, der Pachter zog,

gemeinschaftlich, sondern das ganze Recht [2]), was diese Personen hatten, bey den beiden ersteren also ein dingliches, bey dem letzteren ein persönliches Recht, fällt der mystischen Person zu [3]). Bey den Stamm-, Familien-, Fideicommiß- und fallrechtlichen Gütern, muß mithin nur untersucht werden, welche Befugnisse hatte das Individuum in Rücksicht derselben, dann weiß man schon genau, was für Rechte daran gemeinschaftlich werden können, und die Frage, ob das Veräußerungsrecht unter jene Befugnisse gehöre, kommt nur in so fern in Betracht, als die mystische Person nur dann veräußern darf, wenn das Individuum dazu berechtigt war. Der Ausdruck, die allgemeine G. G. solle sich auf alle innerhalb und außerhalb des Landes belegenen Güter, Rechte und Gerechtigkeiten erstrecken, welcher in manchen Statuten vorkommt, ist daher ein Pleonasmus, denn nur Rechte sind Gegenstand dersel-

---

2) Vergl. L. 7. §. 2. de iure dotium (23. 3.): Si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt, necne? Et Celsus l. 10. Digestorum ait, interesse quid acti sit: et nisi appareat aliud actum, putare se, *ius ipsum* in dote esse, *non etiam fructus, qui percipiuntur.*

3) Nur deswegen möchte beym Lehn eine Ausnahme zu machen seyn, weil hier die Rechte des Vasallen von gewissen Verpflichtungen abhängen, die absolut persönlich sind, die genauere Untersuchung gehört ins Lehnrecht. Siehe darüber *Wesel* l. c. §. 59 sq. Der Nießbrauch ist, auch nach streng positivem Recht, wohl nicht so sehr an die Person gebunden, obgleich er nicht cedirt werden kann.

ben, wozu auch die sogenannten Gerechtigkeiten und auch das Eigenthum gehören. Vermögen im weitesten Sinn ist die Summe der Rechte und Verbindlichkeiten, in so fern sie einer Person zustehen, und Güter sind positives Vermögen, oder Vermögen im engern Sinn, bewegliche und unbewegliche Güter ist nach diesem Sinn gleichbedeutend mit Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, wenn man nicht darunter Sachen als im Vermögen befindlich verstehen will, dann giebt es Rechte an Gütern. Besser ist es, man vermeidet in der Wissenschaft diesen Ausdruck ganz, weil er mehrdeutig ist, und bleibt bey den Rechten, als Object des Vermögens, und bey Sachen als Object der Rechte stehen. Nur in dem Wort Gütergemeinschaft, wo man sich einmal bestimmtes, nämlich Gemeinschaft irgend eines rechtlichen Vermögens, dabey denkt, ist er beyzubehalten.

§. 47.

Mithin sind es eben so viele Irrthümer als Worte, wenn Sherer

1) Th. I. §. 19. annimmt, es habe zwar wohl anfangs in Deutschland, wie nur noch Mobilien (Mobilien-Genuß?) und Errungenschaft gemeinschaftlich geworden, liegende Gründe aber nicht im Eigenthum begriffen gewesen, allgemeine G. G. allgemein Statt

gefunden, dieß lasse sich aber für die folgende Zeit, wie die Immobilien zum Mein und Dein gezogen worden, wegen der verschiedentlichen Eigenschaften dieser Sachen, nicht mehr behaupten.

2) wenn er Th. I. §. 89. behauptet, daß wenn an einem Orte allgemeine G. G. eingeführt sey, dieses doch für alle die Personen nicht gelten könne, welche Güter besäßen, deren vollständiges Eigenthum ihnen selbst nicht zustände, und daß daher der Fall eintreten könne, „da nach Verhältniß der Güter" (vermuthlich an einem Ort nach einem und demselben Gesetz, welches im Grunde allgemeine G. G. will), „die allgemeine eheliche G. G. mit der besondern zusammentreffe."

3) wenn er §. 42. den Bauern, welche ihre liegenden Güter meistens nur als erbliche, Erbgüter, Erbpacht u. s. w. besäßen, die allgemeine G. G. nur in so fern zugesteht, als der eigentliche Eigenthümer solches bewilligt.

Scherer schließt doch nur darum nicht eigenthümliche Sachen von der a. G. G. aus, weil mit ihr zugleich eine Veräußerung entsteht, und §. 52. S. 118, indem er die ex testamento unveräußerlichen Güter an diejenigen, welche von der G. G. der Natur der Sache nach ausgeschlossen seyn sollen, worunter denn auch wieder

Lehen-, Familien-, Fideicommißgüter u. s. w. vorkommen, anreiht, sagt er ja selbst: „eben so werden, unbeschadet des Begrifs der allgemeinen ehelichen G. G., weil diese nur veräußbare Güter voraussetzt, davon ausgenommen, sowohl die Güter, deren Veräusserung dem Ehegatten, von dem Testirer oder von demjenigen, wovon sie herkommen, verboten ist" u. s. w. Allgemeine G. G., wenn man sie auch in jenem nüchternen Sinne nimmt, da sie alle Rechte und Verbindlichkeiten, nicht bloß gewisse Classen umfaßt, kann doch auch so nur Rechte begreifen, die das Individuum wirklich hatte, hat es daher an gewissen unbeweglichen Sachen nutznießliche und bestimmte Proprietätsrechte, nicht das dominium, und es werden nur jene Rechte und außerdem alle ihm sonst noch zuständigen Befugnisse, sie mögen persönlich oder dinglich seyn, gemeinschaftlich, so geschieht dem Begrif vollkommne Gerechtigkeit, wenn man von der Person sagt, daß sie in allgemeiner G. G. lebe. Solche Sachen, nicht aber sogenannte Einhandsgüter (§. 42.) können, nach diesem Begrif, mit allgemeiner G. G. bestehen. Bauern also, die gar keine eigenthümlichen Immobilien, sondern nur Erbleihen hätten, würden schon in allgemeiner G. G. leben, wenn nur das Erbleiherecht mit den übrigen Rechten bonum commune würde.

§. 48.

Es ist nun leicht zu entscheiden, ob Ehegatten, die in allgemeiner G. G. leben, einander etwas schenken, und ob einer von ihnen, oder wer über das gemeinschaftliche Vermögen auf den Todesfall disponiren könne. Ueber die erstere Untersuchung läßt sich Sherer so aus:

„wenn schon eigentlich Schenkungen unter Eheleuten gegen den Begrif der allgemeinen ehelichen G. G. laufen, indem kein Ehegatte, (was er nicht hat, und) was dem andern schon zusteht, diesem erst zu schenken braucht, so ist doch in solchem sich ereignenden Fall keine bloße Schenkung, sondern ein Vertrag zwischen beiden Eheleuten anzunehmen, wornach der eine das betreffende Stück aus der G. G. für ein Einhandsgut des andern erklärt."

Wenn man die in Klammern geschlossenen fünf Worte, und Sherer's falschen Begrif von allgemeiner G. G. wegdenkt, so ist dieß alles nach seiner Theorie sehr richtig. So wenig als Veräußerung durch Entstehung der G. G., kann auch eigentliche Schenkung einer im gemeinschaftlichen Vermögen befindlichen Sache darnach gedacht werden, weil dort jeder das Seinige behält, hier aber keiner etwas bekommen kann, was er nicht schon hatte. Aufgeben kann jedoch jeder sein Recht,

wovon denn die Folge ist, daß der andere nun allein hat, was er vorher nur so gut hatte wie der andere. Nach meinem Grundbegrif ist dieß anders. Hier ist die moralisch-mystische Person das berechtigte Subject, und die allgemeine G. G. verlangt nur Gemeinschaft der fünf Classen als solcher, füglich kann daher die mystische Person an das Individuum so gut wie an jeden anderen dritten Sachen verschenken, da denn dasselbe eben die Rechte bekommt, die vorher jene hatte, und wenn nur keine ganze Classe von den fünfen als solche auf diese Art verschenkt wird, so wird auch die universelle G. G. dadurch in keine particuläre verwandelt. Das Individuum kann dagegen dem Individuum vom gemeinen Gut nichts schenken, obgleich freylich bey der Gemeinschaft unter Ehegatten, wenn diese allein die Gemeiner ausmachen, der Wille des Empfängers und des anderen Individuums mit dem Willen der mystischen Person identisch sind; die Gesichtspuncte bleiben dennoch verschieden.

§. 49.

Sherer 1) und Danz 2) sind sich darüber einig, daß es dem Wesen der G. G. widerstreite, wenn es einem Ehegatten frey stehe, über das gemeinschaftliche

1) Th. I. §. 81.

2) l. c. §. 606. S. 411. und §. 607. S. 426.

Vermögen für sich allein auf den Todesfall zu disponiren. Wenn sie, insbesondere Danz, consequent gewesen wären, so würden sie auf das entgegengesetzte Resultat gekommen seyn. Danz ist ja, wie schon bemerkt worden, selbst der Meinung, daß es mit dem Begrif von Gesammteigenthum sehr wohl bestehen könne, wenn jeder Gemeiner sein Recht auf seine Erben transferirt, warum sollte er sich denn nicht einen Erben im Testament wählen können, und was kann es für einen Unterschied machen, ob der Erbe ab intestato oder ex testamento eintritt? Es versteht sich, daß er dem anderen Gemeiner mit seinen Erben dessen Recht nicht entziehen kann. Deutsches Gesammteigenthum soll ja nach Danz bey der G. G. Statt finden, also ist es nur Wortgeklimper, wenn er sich in §. 606. darauf beruft, daß beide Eheleute eine moralische Person ausmachen. Nimmt man dieß freylich im rechten Sinne, so wäre es singulär, wenn ein Individuum, das gar kein Recht am gemeinen Gut hat, darüber sollte auf Todesfall disponiren können, es würde offenbar ein testamentum de pecunia aliena seyn. Haben aber Statuten oder Verträge dem Manne (der Frau wird es nicht gegeben seyn) klar und deutlich ein solches Recht ertheilt, so darf man auch nicht mit Sherer §. 83. annehmen, daß

keine allgemeine G. G., sondern nur eine particuläre damit bestehen könne, oder was dasselbe sagt, daß der Theil, worüber so testirt werden kann, in der That nicht gemeinschaftliches Vermögen sey. Nicht einmal irregulär ist es aber, wenn, wie Scherer voraussetzt, der andere, nicht etwa in dem Vertrage, worin die G. G. constituirt worden, sondern bey Errichtung des Testaments eingewilligt hat, denn hier ist es die mystische Person selbst, welche testirt, und nichts kann uns bewegen, hierin etwas von allgemeinen Regeln abweichendes zu sehen [3]). Auch muß man wohl die Fälle unterscheiden, da der Mann in Auftrag der mystischen Person, oder als gesetzlicher oder vertragsmäßiger Administrator

---

3) Auffallend richtig sagt Lange l. c. Hauptst. 7. §. 12: „Die Regel," daß keiner der Ehegatten über das gemeinschaftliche Vermögen testiren dürfe, „leidet ihre Ausnahme, 1) wenn der andere Ehegatte in die Errichtung des Testaments consentirt oder nach dem Tode des verstorbenen das vorgefundene Testament ratihabirt — — und wenn der andere Theil seine Einwilligung dazu gegeben, so ist es eben so viel, als wenn sie beide mit einander testirt hätten. Beiden zugleich kann aber die facultas testandi ohnehin nicht abgesprochen werden, weil sie intuitu bonorum eine Person und in dieser Person den einzigen Herrn über ihre Güter vorstellen, worüber sie also coniunctim ohne jemandes Hinderung nach ihrem Wohlgefallen disponiren können." Aber, wie konnte er bey seinen Principien so sprechen? Vergl. nur Hauptst. 2. §. 1. Hauptst. 7. §. 2.

handelt, welches im Zweifel anzunehmen ist. Bestimmter läßt sich dieß im allgemeinen nicht fassen, das nähere muß jedes Statut für sich betrachtet ausweisen.

§. 50.

Nachdem wir die Haupteintheilung der G. G. nach dem Object genauer bestimmt, und aus dem geläuterten Begrif von allgemeiner G. G. für einige der wichtigern Fragen Folgerungen gezogen haben, wird es interessant seyn, die einzelnen Glieder dieser Abtheilung genauer zu untersuchen. Unter dem Ausdruck Güter in dem Worte Gütergemeinschaft ist, wie in §. 46 a. E. bemerkt worden, Vermögen zu verstehen; auch ist die Aeußerung schon mehrmals vorgekommen, daß Vermögen eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten sey. Mit diesem an sich richtigen, aber nicht völlig bestimmten Begrif haben wir bisher ausreichen können, jetzt aber muß er genauer abgesteckt werden. Vermögen im weitesten Sinn heißt die Sphäre der Willkühr, welche einem Individuum in der Natur angewiesen ist; sobald dieses Wort aber eine privatrechtliche Bedeutung erhält, wird darunter eine pecuniäre Masse, eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten verstanden, welche einen Geldeswerth hat (pecunia), denn niemand wird die physische Kraft eines Menschen, oder die unschätzbaren Rechte desselben, z. B. das

Recht auf Unverletzbarkeit seines Körpers, im Privatrecht zu seinem Vermögen rechnen. Da aber doch der ursprüngliche weitere Begrif, wie er angegeben worden, auch hier immer zum Grunde liegen muß, so können Verbindlichkeiten oder Verpflichtungen nur in einem negativen Sinne zu dem Vermögen gerechnet werden, nämlich in sofern sie die Schranken seiner rechtmäßigen Willkühr anweisen, mithin das, was er überhaupt an Geldeswerth hat, bestimmen. Der positive Theil des Vermögens also sind schätzbare Rechte, der negative schätzbare [1]) Verbindlichkeiten. Da jene die Schranken der Willkühr erweitern, diese sie verengen, so müssen sie immer in umgekehrtem Verhältniß zu einander stehen. Sind nun aber die Verbindlichkeiten so zahlreich, daß sie die Rechte consumiren, d. h., sind die Gränzen der rechtmäßigen Willkühr so verengt, daß gar kein positiver Theil desjenigen Vermögens übrig bleibt, welches taxirt werden kann, so existirt gar kein Vermögen im privatrechtlichen Sinne, da ein Ding durch die bloße Negation desselben nicht existiren kann. Wenn man daher von

---

1) Verbindlichkeiten können nur nach den ihnen correspondirenden Rechten taxirt werden, daher nur solche taxable sind, deren Object dem Object des correspondirenden Rechts gleich ist. Folglich können nur persönliche (Schulden i. w. S.), nicht allgemeine, dinglichen Rechten correspondirende Verbindlichkeiten geschätzt werden.

einem negativen Vermögen (nicht etwa, wie ich eben, von dem negativen **Theil** eines Vermögens) spricht, so versteht man nichts anderes darunter, als diejenigen taxablen Verbindlichkeiten, welche über das taxable Vermögen hinausgehen, mithin gar nicht als zu demselben gehörig betrachtet, daher aber auch nicht eher erfüllt werden können, bis wieder ein neues Vermögen entsteht, das sie entweder als negativer Theil beschränken, oder als Gegensatz aufheben können. Ohne das hinzugesetzte Prädicat negatives jedoch, welches in der That den Begrif Vermögen, nicht etwa bloß qualificirt, sondern verwandelt, kann unter Vermögen, noch weniger aber unter dem Worte Güter, oder was sonst dem gleichbedeutend ist in der Sprache des gemeinen Lebens oder der Statuten, etwas zu verstehen seyn, was so wenig Vermögen ist, daß es vielmehr Mangel an allem Vermögen voraussetzt. Indessen in der Wissenschaft, wo es bloß auf einen terminus technicus ankommt, ist man allerdings an sich berechtigt, unter dem Wort Vermögen, oder Güter in Gütergemeinschaft, positives und negatives Vermögen in dem angegebenen Sinne zusammenzufassen; nur muß man alsdann nicht vergessen, daß das Wort zwey heterogene Begriffe einschließt, und daß eine Abtheilung des Vermögens in positives und negatives keinesweges eine Unterordnung

von qualificirten Begriffen unter einen Oberbegrif, sondern eine bloße Zersetzung eines Kunstausdrucks in seine heterogenen Bestandtheile ist. Es ist nun zu erweisen, daß dieses an sich erlaubte auch hier zweckmäßig sey. Dieß führt uns sogleich auf die wichtige Streitfrage: ob und in wie fern bey allgemeiner G. G. auch die Schulden gemeinschaftlich werden?

§. 51.

Scherer, der einmal §. 46. unter allgemeiner G. G. schlechterdings Gemeinschaft der ganzen Activ- und Passivmasse verstanden wissen will, und bey derselben voraussetzt, daß beide Eheleute einerley Rechte und Verbindlichkeiten untheilbar auf sich haben, konnte freylich den Streit nicht anders, als wie in §. 63. dahin entscheiden, daß alle Schulden, auch die vor der Ehe contrahirten und das Vermögen übersteigenden zur gemeinsamen Masse gehören, und läßt nur ob dolum Wiederherstellung in den vorigen Stand zu. Auf der andern Seite erklärt sich Danz §. 606. S. 414 ff. in der Regel gegen die Gemeinschaft des bey der Entstehung der G. G. schon vorhandenen negativen Vermögens des einen Theils. Sein Hauptgrund ist (die übrigen sind so leer, daß sie keiner Würdigung bedürfen), daß wenn von beiden Seiten ein Vermögen gemein-

schaftlich werden solle, dieß nur wirkliches Vermögen, patrimonium vere existens [1]), kein Unvermögen seyn könne. Sey daher auf einer Seite nur Schuld, so könne nicht diese, sondern nur allein das von der andern beygebrachte Gut in die Gemeinschaft kommen. Dieses Räsonnement hat seine völlige Richtigkeit, in sofern es den gemeinen Sprachgebrauch des Wortes Vermögen oder Güter eben so beschränkt, wie es oben geschehen ist. Allein es giebt doch Rechte, welche auch das vor der Ehe existirende negative Vermögen gemeinschaftlich werden lassen, es muß auch, wie wir weiter unten sehen werden, Fälle genug geben, da die mystische Person als solche während der G. G. ein negatives Vermögen contrahirt, welches eben darum auch gemeinsam werden muß,

---

1) Wenn er in dieser Stelle irgend wo zu verstehen giebt, daß bey G. G. von einem rein positiven Vermogen, d. h. nach Abzug der Schulden, die Rede sey, so hat er seine Worte wohl nur nicht recht überlegt. Sollte das seyn, so würde die G. G. nur in der Idee existiren. Soll diese in der That vorhanden seyn, so müssen einzelne Rechte und Verbindlichkeiten nicht etwa bloß eine ideelle Masse, welche in einem Geldwerth besteht, der erst durch Abzug des negativen Theils vom positiven des Vermögens ausgemittelt werden soll, gemeinsam seyn. Sollte eine solche Masse realisirt werden, und dadurch G. G. ein wirkliches Object erhalten, so müßten erst alle Schulden bezahlt seyn; die dann übrig bleibenden taxablen Rechte machten dann das gemeinsame Vermögen aus. Dieß zu erfodern wäre aber absurd.

soll denn von solchen Bestimmungen der Rechte, von solchen Fällen gar nicht in der Lehre von der G. G. die Rede seyn, oder soll es in einem Anhange unter einem andern Namen vorgetragen werden? Ein jeder wird es eingestehen, daß es unpassend seyn würde, so nah zusammenhängende Sachen zu trennen.

§. 52.

Man muß also in der Wissenschaft den Wortbegrif erweitern, und sich bey G. G. im weitesten Sinne, Gemeinschaft des positiven [1]) und negativen Vermögens denken. Es fragt sich nun überhaupt, in wie weit wird auch das letztere Vermögen gemeinschaftlich? Hier ist denn zu unterscheiden:

1) das negative Vermögen war vor Entstehung der G. G [2]) contrahirt worden. Dieses wird im Zweifel nicht gemeinschaftlich, denn Gemeinschaft dieses ne-

---

1) Unter positivem Vermögen ist denn aber nicht etwa der reine Gegensatz des negativen, d. h. das, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, sondern Vermögen im eigentlichen Sinn, welches denn seinen positiven und negativen Theil hat, zu verstehen. Will man, um Mißverständnisse zu vermeiden, statt: positives Vermögen, Vermögen im engern Sinn sagen, so habe ich nichts dagegen.

2) Bey der ehelichen nicht bloß vor der Ehe, denn es gilt dasselbe, wenn die G. G. später anfängt.

gativen Vermögens ist etwas Singuläres, und so wenig als G. G. überhaupt zu präsumiren. Alle Verbindlichkeiten hingegen, welche überhaupt übertragbar sind, in so fern sie nicht das Vermögen consumiren, also ein negatives Vermögen constituiren, sondern es nur beschränken, also auch Geldschulden, die aus einem Verbrechen entstanden, und welche bey Entstehung der G. G. vorhanden waren, werden gemeinschaftlich.

2) Es wurde während derselben erzeugt. Hier kann man allerdings mit dem Satze ausreichen, daß alle diejenigen, aber auch nur diejenigen Schulden gemeinschaftlich werden, welche von der mystischen Person contrahirt worden. Allein es ist nicht immer leicht zu bestimmen, welche dieses sind, und schwer allgemeine Regeln darüber zu geben. Zuerst müssen, wie sich von selbst versteht, alle diejenigen Verbindlichkeiten herausgenommen werden, welche absolut persönlich sind, z. B. die Verpflichtung eines Künstlers, für jemanden ein Kunstwerk zu machen, nicht aber die Verpflichtung, im Fall dieß nicht geschehen, das Interesse zu prästiren, denn diese kann gemeinschaftlich werden. Sodann gehören auch alle Schulden nicht dahin, welche der Einzelne für sich eingeht. Verbindlichkeiten wer=

den ja nur in so fern zur G. G. gerechnet, als sie das Vermögen, das gemeinschaftlich wird, beschränkend bestimmen. Legt daher, nachdem schon eine gemeinsame Masse existirt, das Individuum sich für seine Person Verbindlichkeiten auf, so giebt es keinen Rechtsgrund, sie als gemeinsam anzusehen. Aus einem Verbrechen während der G. G. entstandene Geldschulden werden also im Zweifel nicht gemeinschaftlich. So sind die abweichenden Meinungen über diesen Punkt zu vereinigen. Hat der Verbrecher, weil alles der mystischen Person gehört, gar nichts Eigenes, so muß ihn der Richter anders strafen. In der Regel wird freylich die Frau gern in die Büßung mit Gelde willigen, und es ist billig, daß das Gesetz ein für allemal die Summengröße festsetze, bis zu welcher auch ohne Consens der Frau aus gemeinsamer Kasse Geldstrafe genommen werden könne. Würde nun immer die Einstimmung aller Individuen erfodert, wenn der mystischen Person neue Verbindlichkeiten aufgelegt werden sollen, so würde es sich leicht unterscheiden lassen, welche Schulden der mystischen Person und welche den Einzelnen angehörten. Allein es ist bekannt, daß das Recht oft bey ehelicher G. G. dem Manne, und sogar auch in ge=

wisser Hinsicht dem Weibe eine Administration gegeben, welche ihn oder sie berechtigt, ohne Auftrag im Namen der mystischen Person zu handeln, und auch Schulden zu contrahiren. Hier fragt es sich denn, wann hat der Contrahirende bey allgem. G. G. für sich gehandelt, und wann für die mystische Person? Sind keine Einhandsgüter vorhanden, so muß man bey allgem. G. G. im Zweifel das letztere annehmen. Sind sie vorhanden, so sind sie entweder im Gesetz oder in einem dem Creditor bekannten Vertrage bestimmt, alsdann hat die mystische Person mit Schulden, welche in Beziehung auf jene eingegangen werden, nichts zu thun; oder sie sind das Product von Verträgen, die dem Creditor ohne seine Schuld unbekannt waren, alsdann kann dieser verlangen, daß ihm die mystische Person auf allen Fall hafte.

§. 53.

Ist nun ein wirklich negatives Vermögen vorhanden, welches der mystischen Person zusteht, so haften die Individuen gar nicht. Bricht daher Concurs bey fortdauernder G. G. aus, so ist auch das nach Beendigung des Concurses von der m. P. erworbene Vermögen den Creditoren in so weit verhaftet, als es dieß bey jedem an-

deren Cridarius ist. Entsteht erst nach beendigter G. G. [1]) Concurs, so haben die Gläubiger sich an den Nachlaß der mystischen Person, d. h. die gemeinsame Masse [2]), zu halten, und die Individuen sind zu nichts verbunden, als alles herauszugeben, was sie davon besitzen. Soll das Individuum als solches für die Schulden der mystischen Person haften, so muß dieß entweder durch Gesetze besonders verfügt seyn [3]), oder dasselbe muß Erbe der

---

1) Hier ist jedoch zu merken, daß es den Ehegatten nicht frey stehe, durch freywillige Handlungen die G. G. zum Nachtheile der Gläubiger aufzuheben, und ihnen so das künftige Vermögen zu entziehen.

2) Es ist also in der That gar kein *beneficium*, sondern liegt in der Natur der Sache, daß durch Abtretung der Masse der Letztlebende befreyt wird. Wie konnte *G. L. Böhmer* diss. de iur. et obl. coni. ex comm. bon., da er §. 20. die ganze Verpflichtung des Nachlebenden zur Schuldenzahlung daraus, daß die Schuld auf der gemeinsamen Masse hafte, und aus dem patrimonio utriusque coniugis, quod pro confuso et pro uno habendum, zu bezahlen sey, herleitet, in §. 21. hier von einem flebile cessionis bonorum communium beneficium reden? Wenn man, wie so viele, z. B. auch *I. H. Böhmer* l. c. annimmt, daß jene Verpflichtung eine persönliche, dem Ehegatten als solchem in solidum obliegende sey, so läßt sich ein solches beneficium, vornämlich für die Frau, doch der Consequenz nach rechtfertigen. Vergl. not. 3).

3) Unrichtig ist es, wenn Westphal l. c. §. 16. die Sache so vorträgt, als sey dieß in Hinsicht der Frau zu präsumiren, aber freylich consequent, da er nach §. 27. annahm, daß jeder Ehegatte während der G. G. in solidum hafte. Der in Hinsicht des Mannes von *Wesel* de con-

mystischen Person geworden seyn. Das sogenannte Dagdings-Auftragen ist also im Grunde nichts weiter, als die Erklärung, daß man der mystischen Person nicht succediren wolle. Daß eine solche ausdrückliche oder an bestimmte facta gebundene Erklärung in nicht wenig Statuten zur Befreyung von den Schulden erfodert wird, und nicht vielmehr zu erweisen ist, daß keine Einmischung geschehen sey, hat leicht erfindliche wichtige Gründe für sich, da bey fehlender gerichtlicher Obsignation heimliche Einmischung und Entwendung dem letztlebenden Ehegatten wegen des ausschließlichen natürlichen Besitzes desselben so leicht ist. Eine solche Versiegelung aber, wie sie heut zu Tage gebräuchlich ist, hebt jene Gefahr auf, und kann auch hier Zulässigkeit des beneficii inventarii bewirken, sofern dieses bey statutarischer Succession überhaupt nöthig ist 4).

---

nub. bon. soc. Tract. 2. c. 3. angeführte Grund verdient vom Gesetzgeber berücksichtigt zu werden. Wie konnte aber Klöntrup l. c. Abschnitt 5. §. 2. behaupten, daß eine Entsagung, ein Verzicht auf die Masse, und Befreyung von den Schulden dadurch, gar nicht Statt finde, da sie doch in nicht wenigen Statuten mit dürren Worten vorgeschrieben ist?

4) Das, was in diesem §. über Verpflichtung zur Schuldenzahlung gesagt worden, ist eines der erheblichsten Resultate aus meinem Princip, und die Uebereinstimmung desselben mit dem, was hierüber in den ältesten und neueren Statuten enthalten ist, beweist zugleich

§. 54.

Jetzt ist denn aber eine Unterabtheilung der allgemeinen G. G. nothwendig geworden. Denn entweder

---

rückwärts für die Richtigkeit desselben. Diese Statuten lassen die ganze Schuld, so weit sie gemeinschaftlich ist, auf der ganzen Masse des gemeinschaftlichen Vermögens haften. Sind Stamm-, Familien-, Erb- oder verfangenschaftliche Güter vorhanden, (diese Bezeichnungen haben in den Statuten so mannigfaltige Bedeutungen — die ursprüngliche war vielleicht die einfache: Güter, welche keinen Eigenthümer haben, als die Familie, s. Fischer Geschichte der teutschen Erbfolge, — daß, wenn man Verwirrung meiden will, man nothwendig von dem Namen abstrahiren und sich Rubriken nach den unterschiedlichen Eigenschaften solcher Güter machen muß. Wer Sherer's Excerpte nur mit Aufmerksamkeit liest, wird sich von der Richtigkeit dieser Bemerkung überzeugen), so bleiben diese in der Regel ausgenommen, und aus dem was übrig ist, welches fahrende Habe heißt (ganz verkehrt ist es, hier die römische Lehre von rebus mobilibus und immobilibus anzuwenden, wenn gleich diese auf neuere Particularrechte, die den Druck einer falschen Doctrin empfanden, Einfluß sollte gehabt haben), wird gezahlt. Diese Zahlung muß vor der Theilung geschehen. Geschieht die Theilung gerichtlich, so hat der Richter dafür zu sorgen, sonst darf der coniux superstes, als derjenige, der gewöhnlich alles in Händen hat, nichts eher herausgeben, und die Erben sensu stricto sich nicht eher ihres Antheils bemächtigen; geschieht es dennoch, so geht die Schuld pro rata auf ihre Erbportion über. Von einer persönlichen solidarischen Verbindlichkeit des Ehegatten, wie sie die Vertheidiger der bisherigen Theorie behaupten, findet sich grade in den alten Statuten auch keine Spur. Wir wollen nur einige davon anführen:

Aelteste Hamburger Stadtrechte vom Jahre 1156. Urtel-

ist derselben auch ein negatives Vermögen, welches nicht von der mystischen Person oder für dieselbe contrahirt

---

buch von 1270. St. 3. cap. 1. Art. 10. (Sherer Th. I. S. 21.): „So wor en Man und ein Vrouwe tosamene sind in Echteschup, und nene Kinder en hebbet, stervet de Man, de Vrouwe scholl nemen er Gud up dat se to eme brecht hefft — und dat sülve do de Man offte de Vrouwe storve, men scholl over jo thovor de Schuldt gelden van deme menen Gude, und wore darvan enbovon, de scholde de Vrouwe hebben halff unde dat sülve do de Man."

Statut der Stadt Stade v. J. 1279. St. 2. §. 9. (*Pufendorf* obſ. iur. un. T. I. app. pag. 181.): „So wor ein man unde ein vrowe an echtſcap to ſamene ſint, unde nene kindere ne winnet. ſtorve de vrowe. ſo vele godes ſe to ereme manne brochte. dhat ſcal de man hebben half. unde dher vrowen nageſten erven half. weren ere cledhere wot geargheret. ſcadhe erer beidher. Storve aver dhe man. alſodan goet alſo dhar were. that ſcolde de vrowe hebben half. unde dhes mannes nageſte erven half. *mer dhe ſcult ſcal men jo to voren ghelden van dheme menen gode.* unde *ſo wat dhar bowen is.* dat ſcolen ſe delen ghelic."

Asberger Stadtr. v. J. 1510. (Fischer Geschichte der deutschen Erbfolge Th. II. S. 160.): „So ein Ehegemecht vor dem andern Todts abgeht, unnd ehliche Kinder, oder Kindtes Kinder, von Jnen beeden geboren, hinder Jme verlaßt, so erbt uff daß Ehegemecht, daß dannacht im Leben ist, nach der Statt Recht, alle varende Haab, daßelb soll auch alle Schuldt, so sie bey unnd mit ainander gemacht hetten, od. sonst schuldig weren, bezahlen, unnd ußrichten, sover dieselb varend Hab reichet."

Alte Erfurter Statuten v. J. 1306. (Sherer Th. I. S. 311. — es gilt nach demselben Statut allgemeine G. G. Sherer Th. I. S. 101.): Si sal ouch von der varn=

worden, unterworfen, alsdann ist die ganz vollständige (c. b. universalis plena), oder es ist dieß nicht der

den habe die ir der man gelazen hat, gelten. Odir von denn erbe ob an der varnden Habe gebricht. Alle die schult di he rechte unde redeluchen mit ir schuldic worden is unde mit rechte uffe sie bracht wirt."

Stadtrecht zu Möckmühl v. J. 1552. (Fischer S. 222): „Item wañ zwey eheliche Gemahel zusammen khommen, uñd der eins mit Thod abgeeth unnd schuld da were, so soll das, so In Leben ist, die schuld von der fahreñden Haab bezalen."

Stadtrecht zu Göppingen v. J. 1552. (Fischer S. 191): „ob aber die zway Ehegemecht nach deß andern Todes abgang ettwas schuldig plieben weren, dieselben Schuldten soll die leben pliebendte Person zahlen mit denen Schuldten, die man Jnen schuldtig plieben ist, und wann die Schuldten, so man Jnen schuldtig plieben ist, nit so wait erraichen mögen, so sollen dieselbe Ußstendige Schuldten von der leben pliebenen Persohn varender Haab bezallt werden; ob aber die mit Jrer Varenden Haab auch nitt gar bezallt werden möchten, so soll daß, waß Ußstendig ist, vm der gemeltten Kinder Verfangenschafft, die denselben Kindern am wenigsten schädlich sind, nach Aines Gerichts Erkhennen bezallt werden."

Der Stadt Sultz Herkommen von 1552. (Fischer S. 281.): „Am fünfften, welches Mensch unter den Ehegemächten, es wäre Mann oder Frau, des in leben blieben wäre, unveränderte, daßelb Mensch solte das halbtheil aller fahrender Haab. Und die Kinder, ihr seyen wenig oder viel, daß ander halb theil hinnimmen, und gleichförmig Theilen, und so daßelbig Ehegemächte, von dem das ander gestorben wäre, nach solcher Veränderung gemeinschulden die sie beyeinander gemacht hätten, solte daßelb Mensch daß halbtheil, und die Kind das ander halbtheil bezahlen, Und ob man Jnen, es wären verbriefft oder unver-

Fall, dann ist die weniger vollständige (c. b. universalis minus plena) vorhanden. Für die letztere streitet, wie gesagt, die Präsumtion.

---

briefft schulden schuldig wäre, solte das Ehegemächt daß sich verändert hätte, das halbtheil, und die Kind das ander halbtheil annimmen."

Zeugniß von Bürgermeister und Rath zu Parchim v. J. 1620 (Sherer Th. I S. 105): „Daß von undenklichen Jahren her ein allgemeiner Stadtgebrauch gewesen, und noch sey, auch in facto contradictorio nicht anders observiret und geurtheilet, daß nach gehaltenem Beylager zweyer Eheleute väter- und mütterliche Güter unter Sie gemein geworden, dergestalt und also daß nach Ableben des einen oder des andern Ehegatten die Schulden, sie seyen gleich väterlich oder mütlich aus den allgemeinen Gütern indifferenter und ohne Unterschied zuvor abgetragen worden, ehe und zuvorderst dero nachgelassene Kinder sich einige Erbschaft zu erfreuen, noch desselben fähig und theilhaftig werden können."

Constitution des Churf. Joachim I. in der Mark Brandenburg (Lange ehel. G. G. S. 25): „Setzen und ordnen, welches von Eheleuthen des andern Tod erlebet, behält nach alter Gewohnheit, das halbe Guth an liegenden Gründen und fahrender Haabe, jedoch soll erstlich Dienstlohn und Schuld zuvor aus gemeinem Guth bezahlet werden. Das andre halbe Theil sollen haben die ehelichen Leibeserben, so die vorhanden seyn, oder, so die nicht wären, die nechste Freunde, nach Keiserrecht. So aber kein angesipter Freund da wäre, dann nimmbt das halbe Theil die Herrschaft."

Gewohnheiten zu Neubrandenburg (Sherer S. 152): „Die Schulden, so Eheleute zusammen bringen, oder in stehender Ehe beyeinander machen, werden aus ihren samenden Güthern, wenn dieselbe zur Zahlung genug, entrichtet. Da aber die Güther die Schulden nicht errei-

§. 55.

Was nun die particuläre G. G. insbesondere betrift, so läßt sich der Begrif derselben nach §. 44.

---

chen, so hat das Weib kein ius praelationis, damit sie sonst vermöge der beschriebenen Rechte, und derselben Beneficien privilegiret, sondern wird gäntzlich nach Stadtgebrauch entblösset."

Lingener Verordn. Art. IV. (Beytr. z. jur. Lit. in Pr. Staaten Samml. 3. S. 397.): „Wanner sodane semptliche Guder ghedelet sullen werden, unde den avergebleven minnerjärigen Kindern tho voren Vor-Munder gesat zyt, in maneren als hirna verklart steit: So nimpt de lestlevende de rechte helfte nach sich de schulde erst und tho voren betaelt synde, van den gehelen Guderen, under welcken Guidern mit gerekent siet de Dodt-schulde, dat is begrefnisse und ander Godts-Dienste, gelick ock alle noitwendige unkosten, de ghedurende de tydt van ses Weecken, na dem Afstervende, tho underholt van den gemeinen Sterf-huyse gedaen zyt, de welcke van den ghehcelen Gudern sollen Gaen und betaelt werden. Ingehelpcken und alsoo wol als alle andere schulde, in staende Hilich van dem einen ofte anderen gemarket, mer de schulde soo na dem dode, boven de Dodt-schulde van den overblivende Personen ghemaket werden, de sollen betaelt werden van dem lengest-levenden, dewelcke alsulcke schulde sulvest gemaket heft."

Constitution, wegen Beybehaltung der bisherigen Gemeinschaft der Güter zwischen Eheleuten, für die ganze Herrschaft Pinneberg, vom 8ten Maj 1747. (Corp. Const. reg. Holsat.): „1) Daß, wenn in der Herrschaft Pinneberg Eheleute, es sey Mann oder Frau, mit oder ohne Leibeserben versterben, vermöge der zwischen ihnen obwaltenden Gemeinschaft der Güter, die sämtliche, auch vor der Ehe contrahirte Passiv-

nur negativ festsetzen, sie findet nämlich alsdann Statt, wenn eine oder mehrere der fünf Classen von Rechten, deren Gemeinschaft bey a. G. G. wesentlich ist, zum besonderen Vermögen gehören. Da jedoch natürlich nicht alle ganz fehlen dürfen, und wenigstens eine oder doch

---

Schulden vor anzustellender Theilung aus denen nachgebliebenen gesamten Güthern zuförderst abgetragen und ausbezahlet, die sodann übrig seyende Mitteln aber folgendergestalt getheilet werden sollen ꝛc."

Nach mehreren der angeführten Stellen werden, wenn die fahrende Habe nicht hinreicht, die Erb- oder verfangenschaftlichen Güter angegriffen, ohne daß irgendwo in den Statuten bemerkt wird, es solle dieß den Interessirten aus dem künftigen Vermögen des Ueberlebenden oder vom usus fructus erstattet werden: ein indirecter Beweis, daß eine persönliche Verbindlichkeit des Ueberlebenden an und für sich nicht vorhanden war, welcher durch folgendes Fragment noch mehr bekräftigt wird:

Asberger Stadtr. v. J. 1510. (Fischer S. 161 unten): „Item seindt Schulden da, die vor der gebrochen Handt, von den Ehegemechten gemacht weren, Ist dann nit mehr varendt Haab da, Dan ain Gericht der pliben Person, nach ihrer Gelegenhait zulaßt, so nur anders dieselb Persohn, nit erben wolte, so sollen dieselben Schulden, voñ den verfangnen Güttern bezallt werden, were aber etwas uberiger farendt haab da, die ain Gericht der pliben Persohn nitt zuließen, die soll auch an sollich Schuld gewedt werden." Vergl. die oben aus diesem Stadtrecht angeführte Stelle.

Besonders merkwürdig ist die oben ausgezogene Stelle der Lingener Verordnung, worin die persönliche Verschuldung des Ehegatten nach der gebrochenen Hand der Verschuldung des gemeinschaftlichen Vermögens entgegengesetzt wird.

ein Theil derselben oder einzelne dazu gehörige Sachen gemeines Gut seyn müssen, so hat dieser Begrif auch eine positive Seite, und es lassen sich ohne logische Fehler Abtheilungen nach allen fünf Classen machen, da denn eine schlechterdings ausfallen muß, von den übrigen vier aber eine allein oder zwey, oder drey, oder alle vier gemeinschaftlich seyn können. Indessen hat eine von diesen Classen, welche für sich allein gemeinschaftlich seyn können, ein besonderes Interesse, und bedarf vorzüglich einer genaueren Bestimmung, nämlich die der Errungenschaft, weswegen es denn nicht Unrecht seyn kann, diese besonders herauszuheben. Will man der Erreichung dieses Zweckes durch eine Abtheilung zu Hülfe kommen, was ich nicht für nöthig halte, so muß man sich durch ein vel non helfen [1]), und so abtheilen, die particuläre G. G. ist entweder

---

1) Auch nach Scherer's und Danz's Definition komt ein vel non heraus. Nach ihnen wird zur allgemeinen G. G. Gemeinschaft des ganzen Vermögens erfodert, Gemeinschaft irgend eines großen oder kleinen Theils, mithin auch der bloßen Errungenschaft wäre dann particuläre G. G. Darnach müßte dann die Abtheilung so lauten: der gemeinschaftliche Theil wird entweder

1) dadurch, daß die Errungenschaft denselben ausmacht — communio collaborationis, oder
2) auf andere Art bestimmt — c. b. particularis sens. str.

Wenn man aber, wie Scherer, nicht erst eine erschöpfende Abtheilung macht, sondern

1) Gemeinschaft der Errungenschaft, oder

2) Gemeinschaft einer oder mehrerer der andern fünf Classen. Dieß letztere könnte dann allenfalls particuläre G. G. im engern Sinn heißen, obgleich der Ausdruck nicht sehr passend ist.

Eigentlich soll es aber bey der Abhandlung der Lehre von der gemeinschaftlichen Errungenschaft gar nicht in Betracht gezogen werden, ob sie mit noch anderweitiger Gemeinschaft oder allein existirt, und die particuläre G. G. im engern Sinn muß immer das letzte Glied ausmachen [2]). Daher würde ich vorschlagen, diese Eintheilung fahren zu lassen, und nach der allgemeinen Bemerkung über die Classen die Aufgabe hinzustellen, was heißt es, wenn Errungenschaft (collaboratio) gemeinschaftlich seyn soll?

§. 56.

Ehe ich den Begrif selbst zu bestimmen suche, muß ich vorerst dem so gemeinen Vorurtheile begegnen, daß die Materie von der Errungenschaft mit der römischen

vorerst die Statuten, je nachdem sie diese oder jene Gemeinschaft beliebet haben, rubricirt, so ist es kein Wunder, wenn man in die gröbsten logischen Fehler, und die heilloseste Verwirrung geräth, wie schon Danz Th. 7. S. 2. not. b. gerügt hat, obgleich auch er von Sünden gegen die Logik hier nicht frey blieb.

2) Vergl. Danz l. c. S. 1 — 3.

Societätslehre so nahe verwandt sey, daß man nicht umhin könne, von der letzteren Grundsätze für die erstere zu entlehnen. Danz läßt sich darüber im §. 611. (Th. VII. S. 37.) folgender Gestalt aus:

„Es ist zwar nicht zu läugnen, daß die römische Rechtslehre von dem Societäts-Kontrakte auf das Institut der ehelichen Errungenschafts-Gemeinschaft überhaupt eingewirkt hat."

Weiter unten (S. 38.) fügt er hinzu:

„Die entfernte Verwandtschaft beider Institute endlich aber kann uns nur dann berechtigen, bey dem einen derselben, bey der ehelichen Errungenschafts-Kommunion nämlich, die Grundsätze des andern, der römischen Societät nämlich, in Anwendung zu bringen, wenn jene Verwandtschaft wirklich unbezweifelbar vor Augen liegt, und die eigenthümliche Natur und Beschaffenheit jeder dieser Anstalten nicht im Wege steht."

Hier muß denn doch wohl vor allen Dingen untersucht werden, ob Grundsätze der römischen Societätslehre hier überall in Anwendung gebracht werden können. Ich glaube, darthun zu können, daß dieß durchaus unmöglich ist, nur muß man mich recht verstehen, und mir nicht die Behauptung unterschieben, daß es gar keine Sätze gäbe, die sowohl von der römischen Socie-

tät, als von der deutschen Errungenschaftsgemeinschaft gelten. Soll das ganze Recht ein System seyn, so muß es keine zwey Rechtsmaterien geben, die nicht von Einem über ihr Gebiet hinausliegenden Obersatze beherrscht werden, so specielle Rechtsmaterien aber wie diejenigen, de quibus quaeritur, können nicht anders als viele Grundregeln gemein haben, die aber alle außer ihrer Sphäre liegen. Davon kann hier aber nicht die Rede seyn, sondern von Grundsätzen, die der Societätslehre eigenthümlich sind, von derselben nicht vorausgesetzt, sondern in derselben entwickelt werden müssen. Von solchen nun behaupte ich, daß sie in der Lehre von der deutschen Gütergemeinschaft überhaupt so wenig, als in der Errungenschaftslehre vorkommen können. Zum Beweise dieses scheinbaren Paradoxons [1]) ist es unumgänglich nothwendig, jene römische Lehre zuförderst etwas genauer ins Auge zu fassen.

§. 57.

Die römische societas ist ein Rechtsverhältniß, welches zwischen mehrern Personen durch den Societätscontract entsteht; oft ist damit auch communio rei verknüpft, allein diese hat bey derselben nichts besonderes, und ist

---

1) Für welches sich jedoch schon *Hoffmann* l. §. 23. not. 5. cit. lebhaft erklärte.

daher als zu einem andern Theile des Systems, nämlich der römischen Lehre vom gemeinen Gut (tit. de communi dividundo — familiae erciscundae) gehörig, dabey gar nicht zu erörtern. In dem Titel pro socio in den Pandecten wird daher davon weiter nichts gelehrt, als grade wie sehr sie von der Societät unterschieden sey, von wie ganz verschiedner Art die Rechte und Verpflichtungen der socii als solcher in Hinsicht einer zur Societät gehörigen rei communis und der Rechte und Verbindlichkeiten sind, die ihnen schon in so fern als ihnen eine Sache gemeinschaftlich ist, abgesehen davon, daß die Sache zur Societät gehört, zustehen. Das Societätsverhältniß bestimmt bloß, welche Sachen, welche Rechte, welche Verbindlichkeiten und zu welchem Zwecke sie gemeinschaftlich werden sollen, nicht was aus solcher Gemeinschaft unter den sociis für Rechte und Verbindlichkeiten erwachsen. „Ut sit pro socio actio," sagt Ulpian in L. 31. pro socio (17. 2.), „societatem intercedere oportet, *nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit.* Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul res empta sit" etc. In L. 32. eod. fährt er fort: „Nam cum *tractatu habito* societas coita est, pro socio actio est, cum sine tra-

ctatu, in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur. Also nicht, daß communio rei bey ihr entstehen kann, ist charakteristisch an der Societät, sondern daß diese ein ex tractatu entstandenes Rechtsverhältniß ist. Daher concurriren nach L. 43. eod. die actio communi dividundo und die actio pro socio cumulative, daher läßt es sich füglich denken, daß eine Societät schon bestehe, ehe noch überall etwas gemeinschaftlich geworden, z. B. wenn sie so, wie in L. 3. §. 2. eod. erzählt wird, eingegangen ward, „ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit." Auch gilt die Regel, welche nur bey der societas omnium bonorum eine Ausnahme leidet, daß die Sachen, welche nach dem Vertrage gemeinschaftlich werden sollen, nicht unmittelbar durch diesen, sondern erst durch Communication, d. h. durch Uebertragung des dem andern zukommenden intellectuellen Theils gemeinschaftlich werden [2]). Selbst bey jener Ausnahme wird eine tacita traditio subintelligirt [3]). So läßt es sich denn denken, daß die Societät durch Erfüllung ihres Zweckes sich auf-

2) L. 74. pro socio (17. 2.): Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

3) L. 1. §. 1. L. 2. eod. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Quia, licet specialiter traditio non interveniat, *tacita tamen creditur intervenire.*

löst, ehe noch irgend eine communio rei existirt hat, z. B. A. und B. werden einig, daß sie eine Sache kaufen, und nachdem sie wieder verkauft worden, Gewinn oder Verlust theilen wollen. A. kauft, und verkauft sofort wieder, und ohne den Gewinn erst zu communiciren, zahlt er B. seine rata aus. Hier wurde die societas beendigt, ehe noch Gemeinschaft nach intellectuellen Theilen, d. h. römische Gemeinschaft vorhanden war.

§. 58.

Wenn man dieß wohl erwogen hat, so kann es einem unmöglich entgehen, daß es ein arger Irrthum sey, wenn Sherer, Danz und andere den charakteristischen Unterschied zwischen Societät und Errungenschaftsgemeinschaft darin setzen, daß bey jener ideelle Theile Statt finden, bey dieser nicht. Von der römischen communio [1]) ist alle deutsche Gemeinschaft, also auch die Errungenschaftsgemeinschaft so unterschieden, nicht von der Societät [2]). Thibaut, Pandecten-System §. 878., definirt so:

---

1) In L. 3. §. 1. pro socio (17. 2.) wird das Wort communio von Paulus nur uneigentlich für societas gebraucht.

2) So sagt auch *Inst. Veracius* consuet. Bamb. P. 2. qu. 1., dem die andern nachgebetet haben, nichts weiter, als: communio bonorum inter coniuges longe aliter hic

„Verbinden sich Mehrere zur Errichtung eines ihnen gemeinschaftlichen Endzwecks, so wird dieß ein Gesellschaftsvertrag (societas, Mascopey, Magenschaft) genannt."

Mit dieser Definition stimmen andere dem Sinne nach, je nachdem sie unwesentliche Merkmale einmischen oder nicht, weniger oder mehr überein, und wenn man unter societas Gesellschafts**vertrag** versteht, so ist sie richtig, nur dürfte als nähere Bestimmung hinzuzufügen seyn, daß der Endzweck 1) nicht seiner Natur nach immerwährend seyn dürfe, weil sonst eine universitas entstände, und 2) das Vermögen betreffen müsse, weil sonst jeder Ehevertrag, indem dabey immer ein gemeinschaftlicher, aber an und für sich kein pecuniärer Zweck obwaltet, ein Gesellschaftsvertrag wäre. Allein es muß dabey nicht übersehen werden, daß der Römer, wenigstens gewöhnlich, das Rechtsverhältniß unter den sociis, das, was wir wohl Gesellschaft nennen, damit meint, und in diesem Sinne: *tractatu habito* coitur societas, manet societas, finitur societas,

accipitur, quam apud Romanos eorum in societate et de communi dividundo et herciscundae familiae iudiciis. Die deutsche Gemeinschaft ist nicht die, welche bey der Societät nach römischen Principien Statt fand. Eben so richtig drückt auch *I H. Böhmer* diss. de comm. aer. alien. Hamb. §. 17. init. sich aus. Der Ausdruck ist hier aber der Folgen wegen wichtig.

societatem heredi parere, communioni, statt societati, acquiritur u. s. w. u. s. w. sagt 3). Auf einem Vertrage beruht dieses ganze Rechtsverhältniß, woraus sich denn von selbst ergiebt, daß die Societät ihrer innern Construction nach mit einer gesetzlichen communio bonorum, man mag dieß Wort nun im römischen oder im deutschen Sinn nehmen, man mag in dem letztern Sinn das gemeine Gut noch durch den Zusatz, daß es alle Hauptklassen der Rechte, oder dadurch näher bestimmen, daß man die Errungenschaft der Gemeinschaft unterwirft — gar nichts gemein haben könne. Alle gesetzliche Gütergemeinschaft hat ihren Grund nicht in einem Vertrage, insbesondere ist es keiner der feinsten Irrthümer, wie oben §. 23. ausführlich gezeigt worden ist, daß die gesetzliche eheliche Gütergemeinschaft aus dem Ehevertrage herzuleiten sey, folglich können auch die darin enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten denjenigen unmöglich homogen seyn, welche ohne einen bestimmten Vertrag als

3) Daher ist es auch nur erklärlich, daß der Römer denselben Ausdruck zuweilen für collegium oder universitas gebrauchte. L. 1. pr. D. quod cuiusq. universit. nom. (3. 4.) L. 14. D. de pactis (2. 14.). Der Zustand, da mehrere Personen zu Einem Zwecke verbunden sind, ist hier das beiden Begriffen gemeinschaftliche, und dieß nannte der Römer im weitesten Sinne societas, im engern Sinne heißt es dann Verbindung mehrerer zu einem nicht seiner Natur nach immerwährenden pecuniären Endzweck.

Quelle, in der Regel gar nicht gedacht werden, mithin ist es widersinnig, bey gesetzlicher G. G. irgend etwas darum anzunehmen, weil es bey der Societät sich findet, und umgekehrt. Nur der Fall wäre auszunehmen, wenn ein Statut ausdrücklich festsetzte, es solle zwischen Personen, z. B. zwischen Ehegatten, wenn ein Umstand, was denn auch die bloße Ehe seyn kann, einträte, ein solches Rechtsverhältniß Statt finden, welches dem zwischen den sociis ex contractu entstehenden gleich wäre. So wie es sich überhaupt denken läßt, daß ein Gesetzgeber vorschreibt, die communio bonorum legalis soll von einer pactitia in keiner andern Hinsicht verschieden seyn, als daß bey dieser ein pactum wirklich existire, was bey jener zu fingiren sey, so kann er auch befehlen, daß insbesondere dieselbe so angesehen werden solle, als sey sie aus dem Gesellschaftscontract entstanden, was, wie aus dem folgenden Paragraphen erhellen wird, im Grunde auch einerley ist. Derselbe Paragraph wird aber zeigen, daß dieß die Natur der deutschen Communion nicht verändert.

§. 59.

Allein bey der pactitia bleibt doch keine andere Unterscheidung, als die von den ideellen Theilen hergenommene übrig. Ist keine andere übrig, so ist gar

keine vorhanden, denn, wie gesagt, nur die communio ist so bezeichnet, bey der societas aber finden nur in so fern ideelle Theile Statt, als eine communio im römischen Sinne damit verknüpft ist. Selbst die Ansprüche auf ein commune lucrum theilen sich nur darum, weil das commune lucrum nur getheilt den sociis zufallen kann. Nicht der Charakter der societas an sich, sondern der Charakter der wohl davon zu unterscheidenden römischen communio bringt die ideelle Theilung hervor. Ist es also ausgemacht, daß man durch Vertrag eine deutsche Gemeinschaft erzeugen könne [1]), so ist es auch unfehlbar gewiß,

1) daß ein jeder Vertrag der Art, möge er nun allgemeine oder Errungenschafts= oder eine andere species der particulären G. G. einführen, ein wahrer Societätsvertrag sey, und daß es eine societas, verbunden mit deutscher Gemeinschaft, gebe. Denn es verändert das Wesen der Societät nicht, wenn ich zur Erreichung eines nicht immer=

---

1) S. darüber *Weyer* commun. bon. P. I. thes. 8. §. 3. Wenn *I. H. Böhmer* diss. de commun. aer. alien. int. coni. Hamb. §. 17. behauptet, daß bey der communio *consensualis* immer die Theilnehmer nur Rechte pro rata haben, so versteht er darunter, wie der Zusammenhang zeigt, die römische communio, wie sie aus dem Societätsvertrage entstand, nicht die vertragsmäßige deutsche (c. pactitia).

dauernden Endzwecks mich so mit einem andern verbinde, daß unser Vermögen uns beiden ungetheilt [2]) zustehen solle. Daß der Römer davon nichts erwähnt, also bey der Societät immer von ideellen Theilen spricht, rührt natürlich daher, weil eine ~~deutsche~~ Gemeinschaft in deutschem Sinne für ihn keinen hatte. Hier gilt also, was Weyer [3]) mit Unrecht von aller communio questus sagt:

> „Leges de societate loquentes societati coniugali — applicari possunt, et quod iure civili de sociis dispositum est, locum quoque regulariter habet in coniugibus constante matrimonio."

Irregularitäten, wie die, daß es keinem Theile in der Regel frey stehe, durch einseitigen dissensus die Societät wieder aufzuheben, oder daß nie eine Tradition der Sachen, die gemeinschaftlich werden sollen, erfoderlich sey, lassen sich wohl

2) Ich habe mich mit Fleiß hier so ausgedrückt, daß die Worte mit zu der Theorie vom solidarischen Eigenthum aller Gemeiner passen, damit niemand glaube, daß diese den widerlegten Irrthum rechtfertigt.

3) l. c. thes. 9. §. 4.

nicht so allgemein, und nur dann behaupten, wenn sie entweder ausgemacht sind, oder doch aus dem Geist des ganzen Vertrages hervorgehen, welches letztere denn häufig der Fall seyn dürfte [4]).

2) Daß alles das, was aus der Natur eines solchen Vertrages folgt, da die Societätslehre im wesentlichen durch deutsches Recht nicht geändert worden ist, in das Pandectenrecht, nicht in das deutsche Privatrecht, in die Lehre von der deutschen oder ehelichen G. G. aber eben so wenig gehört, als die in den tit. Pand. familiae erciscund. und commun. divid. enthaltenen Sätze unter der Rubrik pro socio vorzutragen waren, da die deutsche communio überhaupt und insbesondere die Errungenschaftsgemeinschaft eben so gut citra societatem existiren kann, als die römische communio, und auch hier dasselbe Ding bleibt, ungeachtet sie tractatu habito entstanden ist.

4) Dieser Irregularitäten wegen davon im deutschen Privatrecht zu handeln, scheint mir daher nicht richtig. Wer, wie das am consequentesten ist, alles gemeingültige Recht der Privaten in den Pandectenvortrag bringt, wird hier ohnehin nicht zweifelhaft seyn können. S. no. 2).

So viel ist also ausgemacht, daß wir hier mit der Societät nichts zu schaffen haben, und daß alles, was aus dieser abgeleitet werden muß, von unserer Lehre zu entfernen ist.

§. 60.

Wie ist denn nun aber der Begrif von Errungenschaft, oder, um es gleich specieller zu nehmen, von ehelicher Errungenschaft aufzufinden? Soll er philologisch ausgemittelt werden? Hätten wir ein Gesetzbuch vor uns, worin das Wort eine bestimmte Bedeutung hätte, so wäre dieß freylich der einzige Weg zum Ziele. Wir haben aber hier mit einer Menge von Gesetzbüchern zu thun, in denen wohl die Sache, das Wort selbst aber seltener, und nicht selten in einer etwas anders modificirten Bedeutung vorkommt. Da hier aber nicht die einzelnen Statuten gelehrt werden sollen, denn nichts ist unfruchtbarer und verwirrender, wie Sherer factisch bewiesen hat, als diese unter allgemeinen Rubriken auf einmal vortragen zu wollen, so bleibt nichts übrig, als diejenige Bedeutung zu suchen, die das meiste juristische Interesse hat und am zweckmäßigsten ist, um über die damit in Verbindung stehenden Vorschriften der Statuten ein Verständniß zu eröfnen, und diese Bedeutung

als terminus technicus festzusetzen. Dazu läßt sich freylich nur auf einem historischen Wege gelangen; allein auch hierin ist, so wie bey dem Begrif der G. G. überhaupt, schon sehr vorgearbeitet.

§. 61.

Dieselbe Methode also, nach welcher in §. 44. der Begrif von allgemeiner G. G. gefunden wurde, muß uns auch hier leiten. Es findet sich nämlich häufig in den Statuten, daß das Eingebrachte, d. h., dasjenige Vermögen, welches den Eheleuten bey Eingehung der Ehe schon zustand, nicht gemein wird. Zieht man dieses ab, so bleibt alles dasjenige übrig, wodurch stante coniugio das Vermögen vermehrt worden, d. h., wodurch schätzbare Rechte zu denjenigen hinzukamen, woraus das Vermögen bisher bestand. Soll nun der Begrif von Errungenschaft in diese Sphäre fallen, und von den Illaten, was wohl keiner bezweifeln wird, unterschieden werden, so ist so viel gewiß, daß die Errungenschaft aus solchen neuen Rechten bestehen müsse. Allein es findet sich auch ferner, daß von den neuen Rechten, welche das Vermögen vermehrten, auch diejenigen nicht zum gemeinschaftlichen Gut geschlagen werden, welche während der Ehe durch Geschenk oder Nachlaß auf die Ehegatten kom-

men — zugekommenes Gut — bona adventitia —; wohl aber, was dann noch übrig bleibt. Diesem Rest des Vermögens nun ist das Wort Errungenschaft (collaboratio) [1]) zu vindiciren. Sonach finden sich hier die oben §. 44. gemachten drey Classen, 1) Eingebrachtes, wohin auch dasjenige zu zählen, was aus einem schon vor der Ehe existent gewesenen Rechtsgrunde herrührt (illata), 2) durch Nachlaß oder Geschenk zugekommenes Gut (bona adventitia), 3) was nach Abzug des Eingebrachten und Zugekommenen vom Vermögen übrig bleibt [2]). Es wäre demnach ein negativer Begrif gefunden, der aber auch völlig hinreichend ist, und es kann uns nicht mehr irren, weder wenn ein Statut das Wort in einer andern Bedeutung nimmt,

---

1) Weder Erwerb, da der Sprachgebrauch nicht gleichförmig, und es an Einem terminus technicus für dieselbe Sache genug ist, noch questus oder acquestus, da dieß Wort im römischen Sprachgebrauch eine andre Bedeutung hatte (L. 8. 9. pro soc.), also ein barbarisches Wort des Mittelalters hier zu leichterm Verständniß führt, ist der richtige Ausdruck.

2) *Hoffmann* Diss. de commun. bonor. coniugal. natura atque principiis §.3. not. e) ging ebenfalls, um den Begrif von acquestus zu finden, von einer Classeneintheilung aus, und wäre vielleicht zu einem reinen Resultat gelangt, wenn er sich nicht an die lateinischen Wörter gebunden hätte, und Präsumtionen hätte aufstellen wollen, auch nicht eine irrige Definition der allgemeinen G. G. vorausgesetzt hätte.

denn nicht dem Wort, sondern der Sache ist in den einzelnen Particulärgesetzen nachzuspüren, noch wenn ein anderes die Errungenschaftsgemeinschaft beschränkt, oder die Gemeinschaft über die Errungenschaft hinausdehnt, da wir uns an unsre Classen zu halten haben, und sich allgemein positives doch nicht festsetzen läßt [3]. Auch die von den französischen Rechtsgelehrten [4]) erfundene Eintheilung des errungenen Vermögens in bona acquisita und conquisita scheint mir für das deutsche Privatrecht entbehrlich [5]).

---

3) Caeterum haec docent, sagt Hoffmann a. a. O. S. 21, non in nudo vocabulorum sono acquiescendum esse: atque ex his principiis diiudicanda esse credimus, quae in consuetudinibus ac iuribus particularibus de communione bonorum acquisitorum leguntur. Seine kurze Abhandlung, so manches irrige sie enthält, erregt den Wunsch, daß sie länger seyn möchte, da sie mit Geist geschrieben ist.

4) *Tronçon* comment. ad Consuetud. Paris. art. 120. 152.

5) Eine wesentlich abweichende Ansicht hat *I. H. Böhmer* de commun. aer. alien. int. coni. Hamb. §. 11. Unter dem, was wir anderen Gemeinschaft der Errungenschaft nennen, verstand er eine allgemeine G. G., bey welcher nur Errungenschaft als eine Masse zwischen den Ueberlebenden und den Kindern oder Erben getheilt wird. Da er annahm, daß für allgemeine G. G. unter Ehegatten in Deutschland allenthalben die Präsumtion streite, so war dieß ganz consequent. Die meisten Neueren schließen aus der Theilung der bloßen Collaboration, daß nur diese während der Ehe gemeinschaftlich gewesen; dieß folgt aber keinesweges. S. §. 39. und die not. 1) zu

§. 62.

Danz hat zwar versucht, hier einen positiven Begrif aufzustellen, aber, wie mich dünkt, ist sein Versuch nicht sehr glücklich abgelaufen.

„Unter der ehelichen Errungenschaft," sagt er Th. II. S. 6. „versteht man überhaupt alles Dasjenige, was während der Ehe, aus einem nach Vollziehung derselben entstandenen Rechtsgrunde, entweder durch die Bemühungen der Eheleute, oder durch Hülfe ihres beiderseitigen Vermögens, erworben wird."

Wenn diese Definition eine gesetzliche wäre, so möchte ich nicht der Interpret seyn, welcher daraus ins Einzelne hinein entwickeln sollte, was denn eigentlich zur Errungenschaft gehöre, so unbestimmt ist das Wort Bemühungen, und so äußerst vieldeutig ist der Zusatz, oder durch Hülfe ihres beiderseitigen Vermögens. Er hat sich indessen viele Mühe gegeben, sich durch eine ausführliche Classificirung der einzelnen Fälle, die unter der Errungenschaftsgemeinschaft und nicht darunter begriffen sind, deutlicher zu machen,

---

diesem Paragr. Nach meiner Ansicht kann man aus der Theilung der Errungenschaft als einer Masse höchstens auf Gemeinschaft dieser schliessen, daß noch mehr während der Ehe gemeinschaftlich gewesen, ist damit nicht ausgeschlossen, muß aber anderweitig erwiesen werden.

welches allerdings schätzbar ist. Alles einzeln durchzugehen, erlaubt mir der Zweck dieser Schrift nicht; jedoch werde ich ein Paar der hauptsächlichsten Punkte einer sorgfältigern Critik unterwerfen, und dann noch ein Wort von der Einbuße reden.

§. 63.

S. 12. no. IX. heißt es:

„Dasjenige, um was eine dem Manne, oder dem Weibe ausschließlich gehörige Sache, nicht durch Zufall, sondern durch Fleiß oder Geschicklichkeit, entweder beider Ehegatten, oder aber eines derselben, während der Ehe im Werthe erhöhet wird, ist unter die Errungenschaft zu rechnen, und daher bey Trennung der ehelichen Gesellschaft der letzteren gut zu schreiben."

Ich habe hiergegen folgendes einzuwenden:

1) es soll hier nur von einem erworbenen Vermögen die Rede seyn. Verbesserung einer Sache ist aber an sich noch kein neu erworbenes Vermögen. Der Begrif von diesem erfodert, daß dem Subject des Vermögens neue Rechte zugekommen seyn müssen. Wenn ich eine mir eigenthümliche Sache verbessere, so erhält mein Eigenthumsrecht freylich für mich dadurch einen größern Werth, allein ich acquirire da-

durch kein neues Recht, mithin wächst meinem Vermögen dadurch nichts zu. Nur die Möglichkeit, durch den Gebrauch oder durch einen glücklichen Handel mehr wie sonst mein Vermögen inskünftige zu vermehren, ist dadurch entstanden [1]).

2) es ist hier von einem während der Ehe gemeinschaftlichen Vermögen die Rede. Ob der Werth einer Sache während der Ehe vermehrt worden ist oder nicht, läßt sich aber erst entscheiden, wenn die Ehe, also auch die Gemeinschaft aufhört [2]). Das vom Verfasser selbst angeführte Beyspiel beweist dieß hinlänglich.

3) Will man bloß dabey stehen bleiben, daß bey Trennung der Ehe dieß der ehelichen Gesellschaft gut zu schreiben, d. h. daß der Werth der Verbesserung zu Gelde gemacht und dann zum errungenen Vermögen hinzugelegt werden müsse, so frage ich, woher kann dieß abgeleitet werden? Unmöglich aus etwas anderem, als aus einer Societät unter den Ehegatten.

---

1) Vergl. *Lauterbach* diss. de societ. bon. coni. §. 18.

2) *Lauterbach* l. c., welcher keine andre, als mit Societät verknüpfte G. G. kennt, bemerkt §. 7. unter seiner Voraussetzung sehr richtig, daß die Meliorationen zur Sache selbst hinzukommen, also ihr Werth erst bey der Theilung der Errungenschaft in Betracht kommen könne.

Hierauf führt auch der Ausdruck: „der ehelichen Gesellschaft." Ich habe aber oben dargethan, daß eine eheliche Societät nur mit der vertragsmäßigen Errungenschaftsgemeinschaft, mit der legalen, einen singulären Fall ausgenommen, nie verknüpft, hier aber überhaupt davon nicht zu handeln sey. Wenn man die römische Societätslehre verstanden hat, und weiß was Gemeinschaft des Errungenen heißt, so findet sich auch die Anwendung auf Fälle, wo sie verbunden sind, leicht. Sie im Vortrage zu vermischen, kann offenbar nur verwirren.

4) Will man dieß hier aber dennoch abhandeln, so müßte man sich die Sache so vorstellen. Nicht die Illaten, sondern der Gebrauch derselben, und die operae beider Ehegatten werden zuförderst, und sodann auch dasjenige gemein, was neu erworben wird (eigentliche Errungenschaft). Wird nun die Ehe getrennt, oder sonst die Gemeinschaft aufgehoben, so erhält ein jeder natürlich den Gebrauch seiner Illata zurück, alsdann wird berechnet, wie viel diese im Ganzen durch den Fleiß der socii gewonnen, oder in Anwendung zu Societätszwecken verloren haben. Ist Gewinn vorhanden, so wird dieser zum errungenen Vermögen geschlagen, ist Verlust da, so wird dieser davon abgezogen, und sodann das facit getheilt. Die-

se unter den sociis zu theilende Masse kann man nun allenfalls Errungenschaft nennen, da sie in reinem Gewinn besteht, allein dann ist das Wort in einem anderen Sinn zu nehmen, als wenn das während der Ehe gemeinschaftlich errungene Vermögen darunter verstanden wird. Ganz unrichtig ist es aber, wenn man sagt, daß das was eine einzelne Sache an sich durch den Fleiß der socii gewonnen hat, zur Errungenschaft zu rechnen sey, denn die Verbesserung derselben ist nur in Betracht zu ziehen, um die Errungenschaft im letztangeführten Sinn überhaupt auszumitteln [3]). Gesetzt es wäre eine Sache verbessert, eine andere aber um eben so viel verschlimmert, auch kein neu erworbenes Vermögen vorhanden, oder durch anderweitigen Verlust an den illatis consumirt, so würde eine solche Verbesserung im Einzelnen bestehen, ohne daß überhaupt Errungenschaft vorhanden wäre. So aber, wie eben gesagt, die Sache gedacht, wäre zwischen errungenem Vermögen, was während der Ehe gemeinschaftlich

---

3) *Wesel* l. c. Tract. 2. cap. 2. n. 13. sagt richtig: Lucrum non particulatim aestimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno et impensis superest. Vergl. *Weyer* comm. bon. P. I. thes. 9. §. 5. n. 1. et ibi citt.

wäre, und einer Errungenschaft, auf welche die socii oder ihre Erben Theilungsrechte hätten, wohl zu unterscheiden, wenn nicht die heterogensten Sachen amalgamirt werden sollen."

Sehr verschieden von dieser Ansicht ist dagegen diejenige, wornach ohne Societät Errungenes gemeinschaftlich wird. Hier wird auf Vermehrung oder Verbesserung der Illaten gar nichts gerechnet, und diese als Vermögen der Einzelnen von dem Vermögen der mystischen Person als getrennt angesehen. Freylich können diese nicht anders als umsonst veräußert werden, ohne daß dadurch dem gemeinschaftlichen Vermögen etwas zuwächst, und da dieses als eine versio in rem anzusehen ist, so muß der Werth des Verwandten allerdings aus dem bonum commune demjenigen ersetzt werden, welcher seine eingebrachte Sache dazu hergab. Daß hier aber immer, wie Wesel l. c. §. 48. behauptet, eine solche Schuld allen anderen auf der Errungenschaft haftenden vorgehe, und daß überall erst, nach Abzug derselben, von einem quaestus, wie er es nennt, die Rede seyn könne, ist wieder übertrieben, und läßt sich nur unter Voraussetzung einer Societät zum Scheine rechtfertigen. Es ist freylich mehr als billig, daß ein Gesetz, welches alle Illata der Frau der freyen Disposition des Mannes unterwürfe, ihr auch in Hin-

sicht desselben ein Vorrecht als Creditricin der gemeinschaftlichen Errungenschaftsmasse gäbe, weil er sonst ihre Sachen willkührlich verkaufen und ihren Werth vorerst gemeinschaftlich machen könnte, ohne daß sie gesichert wäre, das ihrige dereinst wiederzubekommen, allein nach der Natur der Sache läßt sich das doch nicht behaupten, wenigstens nicht umgekehrt vom Manne.

§. 64.

So verkehrt angewandte Societätsbegriffe, welche Danz nicht den Muth gehabt hat zu verbannen, verführten ihn auch zu der Behauptung S. 13., daß auch diejenigen Früchte, welche sich zur Zeit der Trennung der Ehe auf den einem der Ehegatten ausschließlich zugehörigen Gütern befinden, vergütet werden müssen. Abgesehen von der eigentlichen Societät, sind die Früchte entweder noch nicht getrennt, alsdann sind sie noch Theil der fruchttragenden Sachen, also auch nicht neu erworben, können mithin weder selbst, noch ihr Werth zum errungenen Vermögen geschlagen werden [1]), oder sie sind getrennt, also für sich neu erworben, alsdann gehören sie in natura zur Errungenschaft. Ein gar ar-

1) Aus demselben Grunde wird auch das was durch Alluvion einer nicht gemeinschaftlichen Sache accrescirt, nie gemeinschaftlich, nämlich quia terra accreta fundi pars est, et fundi naturam retinet. *Wesel* l. c. §. 77.

ger Verstoß gegen den Zusammenhang dieser ganzen Materie ist es noch, wenn man manche Sachen, z. B. was aus Marmor- und Steinbrüchen gewonnen wird, deswegen nicht zur Errungenschaft zählen will [2]), weil der römische Usufructuar sie nicht erhielt, als ob hier ein und dasselbe Princip obwalten könnte.

§. 65.

Fast lächerlich scheint es aber in der That, wenn Danz S. 10 und 11. unter no. VIII. die Hochzeits- und Kindbettsgeschenke darum zum errungenen Vermögen rechnen will, weil ein solches Geschenk zum Ersatz bey ähnlichen Gelegenheiten verbindlich mache. Ist denn das, was Ehren halber zu geschehen pflegt, eine juristische Verbindlichkeit, und von einer solchen kann doch wohl hier nur die Rede seyn? der Römer sah es bekanntlich so an, als wenn einem remuneratorischen Geschenk eine natürliche Verbindlichkeit zum Grunde liege, mit noch mehrerem Rechte hätte daher Danz alle Geschenke zur Errungenschaft zählen können. Was würde derselbe zu dem Fall sagen, wenn ein Castrat, der nach den Gesetzen gar keine Hochzeit geben und kein Tauffest feyern kann, solche Geschenke gäbe? Würde auch hier der allgemeinen Mode wegen, dergleichen

2) S. z. B. Lange eh. G. G. Hauptst. 5. §. 6. S. 137 ff.

bey ähnlichen Gelegenheiten zu vergelten, das Geschenkte als erworben anzusehen seyn? Gesetzt, der Schenker wäre reich, der Beschenkte arm, es ließe sich vorhersehen, der Reiche, der Vornehme werde jenen nie zu seiner Hochzeit, zu seiner Kindtaufe einladen, oder doch mit einem viel geringeren Geschenk vorlieb nehmen müssen? Von solchen Flecken sollte doch, denk' ich, ein jedes juristisches Handbuch frey seyn. Meine Meinung über den in Frage gestellten Punkt ist die. Weder Hochzeits- noch Kindbettgeschenke können zur Collaboration gehören, eben weil sie gratis gegeben werden; ist es indeß ausgemacht, daß sie in die deutsche Gemeinschaft kommen sollen, so wird dadurch etwas gemein, was nicht bonum collaboratum ist; ist dieß nicht ausgemacht, so werden Hochzeitsgeschenke den Ehegatten gemeinschaftlich gegeben, und zwar entsteht dann in Hinsicht derselben eine gewöhnliche communio, wie sie der Römer kannte; die an den rebus donatis erworbenen Rechte stehen den Eheleuten nach ideellen Theilen zu. Kindbettgeschenke werden gewöhnlich der Mutter allein gegeben, daher diese dann allein etwas dadurch erwirbt.

§. 66.

Den gröbsten Schnitzer hat hier aber Danz S. 31. no. 9. dadurch gemacht, daß er sich die Errun-

genschaftsqualität einer Sache von dem Vertrage eines Ehegatten mit einem dritten abhängig denkt. Wenn nach Gesetz oder Vertrag unter den Ehegatten eine jede titulo oneroso (die titulo lucrativo acquirirte ist es ja ohnehin nicht,) erworbene Sache unter den Ehegatten gemeinschaftlich werden soll, so möchte ich doch wissen, wie ein Nebenvertrag hierin etwas ändern könne. Wäre das zur Bedingung gemacht, so würde dieß eine moralisch unmögliche seyn, da das Individuum nun einmal rechtlicher Weise sich eine auf besagte Art erworbene Sache nicht zueignen könnte. Daß die Einwilligung der mystischen Person die Gestalt der Sache verändert, ist einleuchtend, aber davon redet Danz nicht. Wird in einem Vertrage das Gegentheil, nämlich daß eine Sache, die sonst, entweder des tituli acquirendi wegen, oder weil Gesetz oder Vertrag in Hinsicht ihrer eine Ausnahme gemacht haben, nicht zur Collaboration würde gerechnet werden, dennoch dazu gehören solle, so ist zum Vortheil eines Dritten, nämlich der mystischen Person paciscirt worden.

§. 67.

Die Frage, in wie fern ein von einem der Ehegatten über zu seinem besonderen Vermögen gehörige Rechte geschlossener Vergleich ein erworbenes Gut hervorbringe, ist besonders von den ältern Schriftstellern über eh. G. G.

immer als sehr bedeutend angesehen worden. Dagegen hat Danz, der über andere Punkte doch so weitläuftig ist, sie leicht überhüpft. Er sagt Th. III. S. 26. bey Aufrechnung derjenigen Güter, welche einem jeden Ehegatten ausschließlich zugehören:

„Schließt einer der Gatten in stehender Ehe einen Vergleich, dessen Grund älter ist als die Ehe, so fällt der daraus fließende Vortheil oder Verlust, nicht der ehelichen Gesellschaft, sondern dem Transigirenden allein zu."

Umgekehrt giebt dieß zur Beantwortung jener Frage folgendes Resultat:

Nur dann ist der aus einem von einem der Ehegatten in stehender Ehe geschlossene Vergleich hervorgehende Vortheil oder Verlust als gemeinschaftlicher Erwerb anzusehen, wenn der Grund des Vergleichs nicht älter als die Ehe war.

Der Satz steht als Untersatz und Beyspiel d) unter der Regel IV.:

„Ausschließliches Eigenthum ist, was einer der Ehegatten zwar während der Ehe, aber aus einem Titel, der älter ist als die Ehe, erwirbt oder bezahlt; wo mithin das Recht, oder die Verbindlichkeit, schon vor der Ehe, in der Person des Erwerbers gegründet war."

Die dem Beyspiel d) vorhergehenden sind, Verjährung, Wiederkaufsrecht, Retract: waren diese, wenn sie auch während der Ehe erst eintraten, in einer vor dieser existent gewesenen caussa gegründet, so wird dadurch nichts gemeinschaftlich. Was ist denn aber der Grund, die caussa, der titulus eines Vergleichs? Ich denke, es giebt eben so wenig eine caussa transactionis, als es eine caussa emtionis, locationis u. s. w., nämlich im Danz'schen Sinne giebt, der transact, der Kauf, die Vermiethung ist die caussa, der titulus selbst. Oder will er sagen, daß darauf zu sehen, ob das Object des Transacts, die bestrittenen Rechte und Verbindlichkeiten vor der Ehe existirt haben? Aber wie kann darauf hier etwas ankommen? etwann deswegen, weil durch den Vergleich diese nicht verändert werden? Danz spricht ja selbst von einem aus dem Vergleich fließenden Vortheil; dieser muß denn doch immer neue Rechte, die gewonnen werden, enthalten. Eine vollständige Erörterung dieser Materie scheint mir hier ganz an ihrem Orte zu seyn, da sie die Wichtigkeit der im §. 63. vorgetragenen Unterscheidungen in ein vorzüglich klares Licht setzt. Denn ist

A. von einer Errungenschaft ohne Societät die Rede, so gelten folgende Sätze:

I. von dem Fall, da über Rechte, welche schon zur

Errungenschaft gehörten, transigirt worden, kann hier gar nicht die Frage seyn.

II. Auch den dergestalt geschlossenen Vergleich, daß ein Theil der angemaaßten und bestrittenen Ansprüche dafür aufgegeben wird, daß der Gegner den übrigen Theil anerkennt, kann hier nicht in Betracht kommen, da derselbe nur Verminderung der Güter, nicht Zuwachs neuen Vermögens zur Folge haben kann; es sey denn, daß sich erweisen ließe, der Transigirende habe sich der vergleichsmäßig anerkannten Güter irrig oder fälschlich angemaaßt, und es seyen mithin wirklich neue Rechte, persönliche oder dingliche, entsprungen. Sodann muß man

III. mit Wesel [1]) den Fall hier absondern, da eine litis aestimatio, d. h. entweder von dem Ehegatten oder von dem Gegner der ganze Werth des Rechts bezahlt, oder eine dem Werth gleich geachtete Sache ausgetauscht, und dadurch der Proceß vermieden worden, denn dieß ist wahrer Kauf oder Tausch, und muß nach den von diesen Contracten hier geltenden Regeln beurtheilt werden [2]).

---

1) l. c. tract. II. cp. 2. §. 63 seq.

2) L. 1. L. 3. pro emt. (41. 4.) L. 7. §. 1. de Publ. in r. act. (6. 2.) L. 46. de R. V. (6. 1.) L. ult. quib. ex cauff. in poff. cat. (42. 4.) S. auch *I. a Sande* decif. Frif. lib. 2. tit. 5. def. 3.

Immer tritt hier sowohl in Hinsicht der streitig gewesenen, als der dafür hingegebenen Sache Eviction ein, denn es sollte von beiden Seiten Uebertragung des Rechts geschehen [3]), und die Vorschrift der L. 33. C. de transact. (2. 4.) kann hierauf nicht angewandt werden; mithin entsteht dadurch Erwerb eines neuen Vermögens [4]).

3) L. 7. §. 1. de Pub. in r. act. (6. 2.) int.

4) Läßt sich jedoch erweisen, daß das von dem Ehegatten erkaufte oder eingetauschte Recht demselben schon zur Zeit des Vergleichs zustand, und war es von der Art, daß durch diesen Umstand aller Tausch oder Kauf unmöglich wurde, so kann auch kein Erwerb behauptet werden, z. B. A. wird von B. wegen eines Hauses, das er in Besitz hat, durch die rei vindicatio belangt; A. hielt sich zwar bis dahin für den Eigenthümer, B. weiß es ihm aber wahrscheinlich zu machen, daß er seine Klage gegen ihn durchsetzen werde, daher er, weil das Haus ihm lieb ist, jenem litis aestimationem ex propriis leistet. Die Frau des A. nimmt nach dem Tode desselben das Haus als zur Errungenschaft gehörig, in Anspruch; dagegen können aber die Erben darthun, daß nicht B., sondern A. Eigenthümer des Hauses zur Zeit des Vergleichs gewesen sey. Daß der Eigenthümer eines Hauses dieses nicht gültig kaufen könne, ist bekannt, ist daher jener Beweis von den Erben geführt, so folgt von selbst, daß durch den eine emtio verdeckenden Vergleich nichts neues erworben worden. Der Einwand des *Wesel* l. c. §. 65., daß über die Materie eines Processes kein neuer erhoben werden dürfe, ist sehr seicht. In dieser Allgemeinheit aufgestellt ist der Satz unsinnig, denn es würde daraus folgen, daß die exceptio rei iudicatae auch gegen den Dritten zustände. Alle von Wesel angeführten Gesetze reden einzig davon, daß von Par-

IV. Nun ist nur noch der Fall übrig, da durch den Vergleich, nicht etwann Uebertragung des streitigen Rechts, sondern im eigentlichen Sinn Abwendung der Bestreitung desselben bewirkt worden; und dieß ist hier das wahre obiectum quaestionis. Man unterscheide

1) der Ehegatte behielt das angemaaßte Recht, und der Gegner that gegen eine Prästation ex propriis von Seiten des ersteren Verzicht auf die Bestreitung desselben; dann ist dem Vermögen des Ehegatten nichts zugewachsen. Es läßt sich nicht einwenden, daß das Vermögen auch durch persönliche Rechte vermehrt werde, das der Verbindlichkeit des Gegners, nicht zu streiten, correspondirende aber wirklich ein neues persönliches Recht sey; denn dieß Recht ist nur ein accessorium des ersteren, und als Theil desselben zu behandeln. Wenn eine Schuldfoderung an B. schon vor der Ehe existent war, B. aber während der

---

theyen ein einmal zwischen ihnen entschiedener Rechtsstreit, weder in Hinsicht des Wesentlichen noch der Nebentheile, wieder erneuert werden dürfe. Daß ein Dritter Rechte, worüber in dem beendigten Proceß gestritten worden, nicht wieder zur Sprache bringen dürfe, steht nirgends.

Ehe dem Ehegatten ein Pfand oder einen Bürgen für diese Schuld bestellt, so entsteht daraus kein neuer Erwerb.

2) nicht der Ehegatte, sondern der Gegner behielt das angemaaßte Recht, jener aber erhielt dafür etwas, daß er den Streit aufgab; alsdann wird das, was gegeben worden, immer errungenes Gut, es mag nun eine Sache oder Geld seyn.

Daß es hier, wie Matthäi 4) will, auf den Besitz ankomme, läßt sich aus L. 33. C. de transact. 5) nicht beweisen. In diesem Rescript sind die beiden Fälle, da einer nicht im Besitz war, und dafür, daß er seine Klage aufgab, etwas erhielt, und da einer im Besitz war, und der Kläger gegen ein Gewisses sei-

---

4) apud *Wesel* §. 66. cit.

5) „Si pro fundo, *quem petebas*, praedium certis finibus liberum dari transactionis caussa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum post vel alienum pro parte fuerit probatum: instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane, si placita servari secuta est, vel, si non intercesserit, praescriptis verbis actione civili subdita, apud rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipsas *apud te constitutas*, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit, nihil petere potes."

nen Anspruch fahren ließ, einander entgegengestellt, über den dritten möglichen Fall, da dem Nichtbesitzer das streitige praedium gegen eine Prästation, welche nur nicht litis aestimatio war, ausgeantwortet wurde, schweigt die Gesetzstelle, unfehlbar weil die Anfrage diesen nicht mitbegrif. Daß aber auch in diesem Fall dem Kläger kein neues Recht, kein Recht, was er nicht ohnehin schon zu haben glaubte, übertragen war, also auch keine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung Statt finden konnte, liegt in der Natur der Sache.

B. Die Errungenschaft ward durch die eheliche Societät constituirt. Hier kommt es nicht allein darauf an, ob ein neues Vermögen entstanden, sondern ob das alte, die Illaten, durch den Vergleich verbessert oder zu Societätszwecken vermindert und verschlechtert worden ist, da nämlich der Verlust oder Gewinn im Ganzen durch Berechnung des Verlustes und Gewinnes im Einzelnen summirt wird, der unter A. II. enthaltene Fall kommt hier also auch in Betracht. Natürlich kann aber weder Gewinn, noch Verlust, da beides factisch ist, präsumirt werden. Wenn daher ungewisse Rechte gegen gewisse oder gegen ebenfalls ungewisse aber nun zu=

gestandene aufgegeben wurden, so ist nicht anders herauszukommen, als daß nach billigem Ermessen der Werth der größern oder mindern Wahrscheinlichkeit, daß das ungewisse Recht dennoch werde realisirt werden, so zu sagen, der Hofnung mit dem Werth des dafür zugestandenen Rechts verglichen werde. Da die hierbey zu erwartenden Schwierigkeiten aber oft gar nicht zu heben seyn werden, so muß dann weder Gewinn noch Verlust angenommen werden.

§. 68.

Was nun endlich die sogenannte eheliche Einbuße betrift, so glaube ich darüber hier noch folgendes erinnern zu müssen. Wenn man eine eheliche Societät voraussetzen wollte, so würde Einbuße dann vorhanden seyn, wenn nach der obigen Berechnung das facit Verlust im Ganzen wäre [1]). Daß hier auch die Societätsschulden in Betracht kommen müßten, versteht sich. Diese könnten denn aber auch schon während der Ehe, da Schulden immer das positive Vermögen verringern, als ein gemeinschaftlich Eingebüßtes (obgleich sich nicht einsehen läßt, warum man nicht hier mit dem

---

1) *Weyer* l. c. th. 9. §. 6. no. I.

Namen gemeiner Schuld oder Societätsschuld sollte aus- reichen können,) angesehen werden [2]), und es unterschie- de sich hier gemeinschaftlich Eingebüßtes von der zu theilenden Einbuße, wie oben gemeinschaftlich Errunge- nes von der Errungenschaft.

Abstrahirt man aber, was, wie ich gezeigt habe, hier geschehen muß, von aller Societät, so verwandelt sich der Begrif merklich. Sobald man nämlich von ei- ner deutschen ehelichen Gemeinschaft des Errungenen spricht, so erhält man eine mystische Person, die aus den beiden Eheleuten als Individuen zusammengesetzt ist. Es folgt demnach auch von selbst, daß diese my- stische Person, auch außer aller Societätsverbindung, und so muß man sie sich hier denken, Schulden contra- hiren, und dadurch ihr Vermögen verringern könne. Dieß würde dann hier Einbuße, im Gegensatz des Errungenen (des neu erworbenen positiven Vermö- gens) heißen, und diesem Begrif möchte ich das Wort gerne vindiciren. Darnach gehörten dann zur gemein- schaftlichen Einbuße alle diejenigen Schulden, welche von beiden Ehegatten als moralischer Person oder von

2) Von diesem handelt hauptsächlich Danz l. c. S. 14 ff.

dem Administrator im Namen derselben eingegangen worden, sey es nun, daß dieses durch Vereinbarung oder ipso facto, z. B. durch versio in rem, geschehen, sey es, daß ein Dritter oder einer der Ehegatten der Creditor geworden 3).

---

3) Vergl §. 52. no. 2.

Berichtigungen.

S. IX. Z. 3. v. o. ist: der Spreu, zu lesen.
— 16. — 4. v. u.: für jedes Verschuldung, soll heißen: für jedes Verschulden.
— 48. in der Note 1) müssen die unterstrichenen Worte so lauten: Einem persönlichen Recht auch nur Eine persönliche Verbindlichkeit ꝛc.
— 50. Not. 7) Z. 5. v. u. l. solvatur, st. solvetur.
— 57. Not. 5): Vergl. oben.
— 79. Z. 4. v. u. im Text, sind zwischen: vorschreibt und: nicht, die Worte: zu unterwerfen, einzuschieben.
— 97. — 5. v. u. l. sie kann, st. es kann.
— 110. — 1. v. u. im Text ist nach: eingebildete, ein Comma zu setzen.
— 111. — 6. v. o. l. mit diesen.
— 112. — 2. v. o. l. daß dieses.
— 118. — 8. l. §. 35. a. st. §. 35.
— 121. ist in der Not. 3) das non vor agatur wegzustreichen.
— 193. Z. 6. v. o. ist das Wort: deutsche, vor: Gemeinschaft, wegzulassen.
— 217. — 1. v. o. l. gemeine Schuld.

Verschiedentlich ist Präsumption statt: Präsumtion, gedruckt worden.

In einigen Exemplaren ist leider! unter den Paragraphen von §. 39 bis 44. Verwirrung entstanden, die sich aber doch leicht dadurch heben läßt, daß man die zwischen diesen Paragraphen befindlichen nach der Folge numerirt.



